<36630152090017

Deutsche
Reichs-Konkursordnung

erläutert

von

G. v. Wilmowski,
Justizrath.

Zweite vermehrte Auflage.

Berlin, 1881.
Verlag von Franz Vahlen.
Mohrenstraße Nr. 13/14.

Vorwort zur ersten Auflage.

Eine mehrjährige eingehende praktische Beschäftigung mit Konkursen hat mir ein intensives Interesse für das Konkursrecht und das Konkursverfahren abgewonnen. Das Konkursverfahren der Reichskonkursordnung bezieht sich andererseits auf die Vorschriften der Reichs-Civilprozeßordnung, welche mich ebenfalls seit Jahren beschäftigt hat. Das Zusammentreffen beider Umstände ließ den Versuch zur Kommentirung der Reichskonkursordnung reifen. Das Werk bezweckt wesentlich, den Praktiker in die Kenntniß der K.O. einzuführen. Die Nothwendigkeit der Kommentirung an sich wird durch die knappe Ausdrucksweise des Gesetzes, durch die Verschiedenheit der Civilrechtssysteme, welche ergänzend anwendbar sind, und durch die erforderliche Berücksichtigung der Civilprozeßordnung, welche ohnehin neu ist und nur „entsprechend" anwendbar sein soll, unabweislich. Die anzuerkennende Vortrefflichkeit der Motive erleichtert die Kommentirung in hohem Grade, beseitigt indeß ihre Nothwendigkeit, zumal für den Praktiker, nicht. Neben ausführlichen, für einen Kommentar entbehrlichen, Auseinandersetzungen der Motive de lege ferenda erhalten manche, für den Praktiker wichtige, Fragen des formellen Konkursverfahrens, insbesondere auch in Betreff der entsprechenden Anwendbarkeit der C.P.O., durch die Motive keine genügende Aufklärung und sind ferner auch die Bestimmungen des von den Motiven beleuchteten Entwurfs in den einzelnen Theilen erheblich durch die Reichstagskommission geändert. Der Kommentar bemüht sich, die Tragweite der Vorschriften der K.O. unter umfassender Benutzung ihrer Materialien aufzuklären und die Grenzen für die Anwendbarkeit der K.O. selbst und der ergänzenden bürgerlichen Rechtssysteme festzustellen. Er berücksichtigt hinsichtlich der letzteren das deutsche Reichsrecht, auch das gemeine, sowie das französische Recht, indeß vorwiegend neben dem deutschen Reichsrechte namentlich das preußische Civilrecht in seiner jetzigen praktischen

Geltung. Das Werk findet seine Aufgabe jedoch nicht darin, alle verwandten oder grenzenden Rechtsgebieten angehörigen Fragen, auf welche die Vorschriften der K.O. einen Einfluß haben, erschöpfend zu behandeln, sondern nur darin, zu erörtern, wieweit die einschlagenden Fragen nach den Grundsätzen der gemeinsamen deutschen K.O. und wieweit sie aus anderen Rechtsquellen und aus welchen zu beantworten sind. In Betreff des K.Verfahrens ist eingehend darauf Rücksicht genommen, wieweit die Vorschriften der C.P.O. unbedingt oder mit Modifikationen, welche aus Zweck und Wesen des Konkurses folgen, Anwendung finden. Die besondere Berücksichtigung der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 war ohnehin schon dadurch geboten, daß die Reichskonkursordnung sich wesentlich an dieselbe anschließt. In Allem war die praktische Anwendung der gegebenen Vorschriften aus den Standpunkten sowohl des Konkursrichters, als auch des Verwalters, des G.Schuldners, der Gläubiger und sonstiger Betheiligten der für die Behandlung wesentlichste Gesichtspunkt.

Eine Kritik der Vorschriften selbst liegt außerhalb des Planes, wenngleich einzelne sich unwillkürlich eindrängende kritische Bemerkungen nicht zurückgehalten sind. Möge in unserer Zeit der gährenden Umgestaltung des Rechts, worin es nicht Jedem Einzelnen möglich ist, selbst alle Rechtsgestaltungen erschöpfend zu durchdringen, das Werk dazu beitragen, die Orientirung zur Anwendung der K.O. zu erleichtern, welche zwar nur in einem beschränkteren Gebiete anwendbar, in diesem aber um so wichtiger ist, als sich überall kollidirende Interessen gegenüberstehen.

Berlin, April 1878.

Der Verfasser.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Wenn der Umstand, daß schon seit länger als Jahresfrist die erste Auflage dieses Werks vergriffen ist, dem Verfasser die Beruhigung gab, daß dasselbe in der That einem Bedürfnisse einigermaßen entsprochen hat, so war andererseits die Aufgabe für eine zweite Auflage mit der fortschreitenden Zeit gewachsen. Vor der thatsächlichen Geltung der Konkursordnung galt es für das praktische Bedürfniß vornehmlich, auf das System des Gesetzgebungswerks, die Konsequenzen der einzelnen Vorschriften, das theils anschließende, theils abweichende Verhältniß zu dem bisherigen Verfahren aufmerksam zu machen. Seitdem ist durch die bedeutend vermehrte Literatur über die Konkursordnung sowie durch die inzwischen zur Ausführung und Ergänzung derselben thätig gewesenen Landesgesetzgebungen das Material für die Erläuterung beträchtlich gewachsen und andrerseits durch die in der Praxis hervortretenden Fragen mannichfache weitere Erläuterung wichtig geworden, so daß die zweite Auflage eine recht erhebliche stoffliche Vermehrung und eine vertiefte geistige Bearbeitung nöthig gemacht hat. Ist hierdurch das Erscheinen der zweiten Auflage verzögert worden, so werden hoffentlich die Freunde des Kommentars in dem reicheren Inhalt einen entsprechenden Ersatz finden. Der in der ersten Auflage verfolgte Zweck, hauptsächlich dem Praktiker ein brauchbares Handbuch zu übergeben und ihn auch hinsichtlich der Streitfragen derartig zu orientiren, daß er die Gründe der verschiedenen Ansichten selbst beurtheilen kann, ist auch in dieser Auflage leitend gewesen.

Als Anhang bietet das Werk zugleich das mit der Konkursordnung in engem Zusammenhange stehende Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 nebst Erläuterung desselben.

Möge das Werk in seiner bereicherten Gestalt sich seine alten Freunde erhalten und neue gewinnen!

Berlin, Juni 1881.

Der Verfasser.

Inhalt.

Abkürzungen.

K.O. = Konkursordnung.
E. = Entwurf des Bundesraths, dem Reichstage vorgelegt.
E. I. = Entwurf der Gemeinschuldordnung von 1873.
R.K. = Reichstags-Kommission zur Berathung der Konkursordnung.
R.J.K. = Reichstags-Justiz-Kommission zur Berathung der andern Reichsjustizgesetze.
Prot. = Protokolle der Reichstags-Kommission.
Mot. = Begründung des Entwurfs.
Mot. v. 1873 = Begründung des Entwurfs I.
C.P.O. = Civilprozeßordnung.
St.P.O. = Strafprozeßordnung.
G.V. = Gerichtsverfassungsgesetz.
E.G. = Einführungsgesetz.
P. = Preußische Konkursordnung von 1855.
R.O.H. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, von den Räthen des Gerichtshofes herausgegeben.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
Entsch. = Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals zu Berlin.
Strieth. = Striethorst Archiv für Rechtsfälle.
H.G. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.
St.G. = Deutsches Strafgesetzbuch.
W.O. = Deutsche Wechselordnung.
K.Recht = Konkursrecht.
K.Verfahren = Konkursverfahren.
K.Gläubiger = Konkursgläubiger.
K.Masse = Konkursmasse.
K.Eröffnung = Konkurseröffnung.
K.Verwalter = Konkursverwalter.
G.Schuldner = Gemeinschuldner.
G.Ausschuß = Gläubigerausschuß.
G.Versammlung = Gläubigerversammlung.
bez. = beziehungsweise.
A.L.R. = Preußisches Allgemeines Landrecht.
Goltd. = Goldtdammer Kommentar zur preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855.

Bemerkung. Die Motive des Entwurfs und die Protokolle der Reichstags-Kommission sind nach den originalen Reichstags-Drucksachen der II. Session von 1874 Nr. 200 und der IV. Session von 1876 Nr. 4 zitirt, deren Seitenzahlen auch in Hahn's amtlichen „Materialien zu den Reichsjustizgesetzen“ angegeben sind.

Einleitung.

§ 1.

Geschichtlicher Rückblick.

Das römische Recht ist auch für den Konkurs bis jetzt in Betreff des materiellen Konkursrechts, insbesondere der allgemeinen Rechtsbegriffe und Verhältnisse bei Konkurrenz von Rechten einflußreich geblieben. Das Konkurs-Verfahren dagegen hängt so sehr mit den jeweiligen Verkehrsverhältnissen zusammen, daß es zumal bei der Ausdehnung des Verkehrs in neuerer Zeit den bedeutendsten geschichtlichen Veränderungen unterworfen wurde. Auch hier jedoch bewährt sich hinsichtlich der Grundzüge der praktische Sinn des römischen Rechts. Die Richtung, welcher die neuere Konkursgesetzgebung folgt, drängt, wenngleich auf anderem Rechtsgrunde, wieder zu dem gesunden Grundsatze des römischen Rechts, möglichst die Auseinandersetzung den Gläubigern selbst zu überlassen und eine richterliche Einwirkung nur bei fehlender Einigung und auf Anrufen zu gestatten.

Der römische Konkurs war wesentlich ein Exekutionsverfahren. Als die Strenge der römischen Zwangsvollstreckung sich weniger gegen die Person und mehr gegen das Vermögen des Schuldners richtete, wurde dem durch Unglücksfälle verarmten Schuldner gestattet, sich durch freiwillige Vermögensabtretung an seine Gläubiger (cessio bonorum) von der Personalexekution zu befreien und für den Fall ferneren Vermögenserwerbes die Rechtswohlthat der Kompetenz zu sichern. Auf Antrag der Gläubiger (auch eines einzigen und auch ohne Vermögens-Insuffizienz des Schuldners) konnte eine Immission der Gläubiger in das am Orte befindliche Vermögen des Schuldners vom Richter (praetor) bewilligt werden (missio in bona). Für das, an anderem Orte befindliche Vermögen mußte sie dort von Neuem nachgesucht werden. Nach erfolgter cessio bonorum bez. missio in bona konnte sich jeder andere Gläubiger zur gleichberechtigten Theilnahme melden. Ein von den Gläubigern gewählter, vom Magistratus bestätigter, curator führte die Verwaltung des Vermögens. Dessen Verkauf, zu welchem eine spätere Verfügung des Praetor (missio ex secundo decreto) ermächtigte,

bewirkte ein von den Gläubigern gewählter magister bonorum vendendorum, dessen Funktionen später ebenfalls dem curator übertragen wurden. Die bona, in welche die Immission erfolgte, wurden mit den darauf beruhenden Pfand- und Hypothekenrechten als Ganzes verkauft. Das Verfahren war damit beendigt; jeder Gläubiger hatte die Quote seiner Forderung vom emtor bonorum einzuziehen. Der Staat wirkte weder bei der Verwaltung oder dem Verkaufe, noch bei der Feststellung der Gläubiger und ihrer Forderungen von Amtswegen ein.

Im justinianeischen Rechte wurde statt des Verkaufs im Ganzen der Verkauf im Einzelnen eingeführt; die Zeit zur Meldung der Gläubiger wurde (auf 2 Jahre für praesentes, 4 Jahre für Auswärtige, absentes) beschränkt; erst nach Ablauf dieser Zeit wurde die richterliche Sentenz, welche zum Verkauf ermächtigte, ertheilt. Die später meldenden Gläubiger wurden präkludirt und auf den etwaigen Rest des Vermögens verwiesen. Damit war das Prinzip der Präklusion eingeführt; der Zeitraum wirkte indeß durch seine Länge zunächst als Hemmniß gegen eine thatsächliche Präklusion und gegen schnelle Realisation. Ausgenommen waren Pfand- und Hypothekengläubiger; sie konnten ihre Pfandstücke veräußern und hatten nur den Rest zur Masse zu gewähren; andernfalls waren sie zu sichern. Die Verwaltung sowie die Auseinandersetzung der Gläubiger wurden hierdurch verwickelter. Aber auch jetzt noch trat eine richterliche Einwirkung während des Verfahrens nur im Falle einer Uneinigkeit auf Anrufen ein. Im Uebrigen war Alles der Beschließung der Gläubiger überlassen. Sie hatten auch unter sich über die Richtigkeit und den Vorzug der Forderungen zu verhandeln; den früher Immittirten hatten die später Meldenden ihr Recht nachzuweisen und nöthigenfalls im Rechtswege feststellen zu lassen.

Das ältere deutsche Konkursverfahren beruhte auf der gerichtlichen Beschlagnahme des Vermögens zu Gunsten der Gläubiger und ihrer Befriedigung im exekutivischen Wege. Es war ein Arrestverfahren, welches bei nicht erfolgender Sicherung oder Einigung in ein Exekutionsverfahren überging. Ebenso im mittelalterlichen italienischen Rechte, welches der cessio bonorum beschimpfende Formen und Wirkungen verlieh, um den Gläubigern das Recht auf die Schuldhaft zu erhalten (Fuchs Konkursverf. 1863 §§ 3—5, Fuchs deutsch. Konk. 1877 S. 3—8). Mit der Aufnahme des römischen Rechts und seiner stillschweigenden und privilegirten Pfandrechte in Deutschland bildeten Praxis und Doktrin das gemeinrechtliche Konkursverfahren aus. Der Umstand, daß erst nach Befriedigung der Pfandgläubiger die übrigen Gläubiger für sich freie Disposition erhielten, führte dazu, die Pfandgläubiger zum Verfahren zuzuziehen und ihnen darin eine Stelle vor den anderen Gläubigern anzuweisen. Die Praxis bildete dann noch aus einigen persönlich privilegirten Gläubigern eine besondere, dem römischen Rechte unbekannte, selbst den Pfandgläubigern vorgehende,

Klasse. Hierdurch entstand das bekannte gemeinrechtliche Fünfklassensystem. Zur ersten Klasse gehören die absolut privilegirten Forderungen: Begräbnißkosten, Liedlohn, öffentliche Abgaben und die Kosten der letzten Krankheit. Die zweite Klasse bilden die privilegirten Pfandgläubiger; die dritte die übrigen Pfandgläubiger mit dem Vorrecht des pignus publicum, aus welchem sich demnächst das System der öffentlichen Hypothekenbücher entwickelte. In die vierte Klasse kommen die privilegirten persönlichen Gläubiger (privilegium exigendi). Zur fünften Klasse gehören alle andern Gläubiger. Je komplizirter das Verhältniß der Gläubiger wurde, desto weniger schien und wurde es möglich, ohne stetige Hülfe des Gerichts Ordnung zu schaffen. Das gemeine Recht kam hierdurch zu einem Offizialsystem, worin das Gericht Alles zu leiten, anzuordnen und selbst zu verwalten hatte. Der Konkurs wurde eine, durch das Gericht ausgeführte, Auseinandersetzung aller Vermögensverhältnisse. Nach einem präparatorischen Eröffnungsverfahren, welches ebenfalls schon inquisitorisch war, bestellt das Gericht zur Verwaltung einen Curator, welcher als Gehülfe des Gerichts nach dessen Anordnungen fungirt. Die anmeldenden Gläubiger müssen dem Richter bez. dem von ihm als Vertreter der Gläubiger und des G. Schuldners bestellten Kontradiktor, dessen Amt oft mit dem Kurator verbunden wurde, die Verität und Priorität nachweisen. Die Gläubiger, vom Gerichte konvozirt, müssen sich zur Vermeidung der Präklusion melden. Das Gericht erläßt zunächst ein Präklusionsurtheil und setzt darauf nach Instruktion der Streitpunkte in einem Lokations- (Klassifikations-) Urtheile die Verität und Priorität aller Forderungen fest, nur seltener das Prioritätsverfahren vom Liquidationsverfahren trennend. Bis dahin und bis zur vollständigen Verwerthung der ganzen Masse müssen alle Gläubiger, auch die in den Konkurs hineingezogenen Pfand- und Hypothekengläubiger, mit ihrer Befriedigung warten. Nur die Vindikanten und die Separationsberechtigten (nebst den Massegläubigern) brauchen sich nicht in den Konkurs einzulassen, werden jedoch zufolge der s. g. Attraktivkraft des Konkurses, wonach alle auf die Konkursmasse sich beziehenden Ansprüche im Konkursverfahren erledigt werden sollten, vielfach ebenfalls in das Verfahren gezogen. Die Befriedigung der Gläubiger kann nur erfolgen, nachdem das Gericht in einem förmlichen Distributionsbescheide den Antheil eines Jeden ziffermäßig festgestellt hat. — Der Rückschritt des gemeinen Rechts gegen das römische beruhte wesentlich darauf, daß das erstere dem Gerichte die Regelung aller Angelegenheiten von Amtswegen aufbürdet, zugleich zur vollständigen Sicherung der Ordnungsmäßigkeit die Feststellung aller Verhältnisse in Entscheidungen, welche gleichzeitig alle Gläubiger betreffen, verlangt, dazu selbst die Pfandgläubiger hineinzieht, und vor allseitiger Feststellung keine Befriedigung gestattet.

Bis in das neunzehnte Jahrhundert hinein ist dieses im 16. und 17. Jahrhundert ausgebildete System in Deutschland herrschend geblieben.

Die auf Spezialität und öffentlicher Erkennbarkeit beruhende Reform, welche das Immobiliarpfandrecht durch die Einrichtung der öffentlichen Hypothekenbücher erfuhr, bereitete einerseits die Möglichkeit vor, die Pfandgläubiger vom K. Verfahren auszuscheiden. Andererseits hatten die Partikulargesetzgebungen in dem Bestreben, allen Forderungen, welche besonders berücksichtigenswerth schienen, gerecht zu werden, Vorrechte auf Vorrechte gehäuft und dadurch die Ordnung im labyrinthus creditorum immer schwieriger und zeitraubender gemacht. Auch noch die preuß. A.G.O. von 1793 Th. I. Tit. 50, deren K. Verfahren wesentlich auf den gemeinrechtlichen Grundsätzen beruhte, stellte ein System von 7 Klassen mit 67 Unterabtheilungen als Rangordnung der Gläubiger auf. Sie galt noch bis zum 1. Oktober 1879 in Ostfriesland, Bingen und im hannoverschen Eichsfelde.

Inzwischen hatte sich schon seit dem 13. Jahrhundert in Italien ein Recht über den kaufmännischen „Bankerott" ausgebildet. (Banco rotto. Die italienischen Geldwechsler benutzten zur Ausübung ihres Geschäftes auf dem Markte Tische oder Banken, welche, wenn die Inhaber ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen konnten, vom Volke zerschlagen wurden. Die Bezeichnung: „Cridar" rührt von der italienischen Bekanntmachung des Bankerotts durch öffentlichen Ausruf her, cridare, crier.) Im Anschlusse an das italienische Bankerott-Recht entwickelte sich seit dem 16. Jahrhundert in den damals dem Weltverkehr näher getretenen westeuropäischen Staaten, in Frankreich, England, Spanien und den niederländischen Handelsstädten ein Fallitenrecht, welches lediglich auf die Konkurse von Kaufleuten sich bezog, den Gläubigern eine größere Theilnahme gestattete und ohne gerichtliche Bevormundung eine schnellere Vertheilung der Masse ermöglichte. Für die Entwickelung des deutschen Konkurses wurde insbesondere das französische Verfahren folgenreich, theils weil in Folge der napoleonischen Kriege der Westen Deutschlands der französischen Gesetzgebung unterworfen wurde und blieb, theils weil die Reform des preußischen Konkursverfahrens (1855) sich an das französische anschloß. Der napoleonische code de commerce (1807, livre III.) kennt einen Universalkonkurs nur gegen G. Schuldner, welche Kaufleute sind. Gegen Nichtkaufleute ist nur ein gewöhnliches Exekutionsverfahren zulässig, welchem sich andere Gläubiger anschließen können (code de procéd. civ. Tit. II. Art. 656, Tit. 14 Art. 749 ff.) Der französische Konkurs wurde eine, von den Betheiligten unter gerichtlicher Aufsicht bewirkte, kaufmännische Liquidation. Er vereinfacht das Verfahren, gestattet eine größere Mitwirkung der Gläubiger und läßt Vertheilungen vor dem Abschlusse aller Differenzen und vor der Versilberung der gesammten Masse zu. Unter bedeutender Verringerung der Vorrechte sind die stillschweigenden Hypotheken mit Ausnahme der gesetzlichen der Ehefrauen, der Mündel, der Legatare, ferner des Staates und der Gemeinden an den Gütern ihrer Verwalter abgeschafft, und alle Hypotheken-

rechte auf Immobilien beschränkt. Wer seine Zahlungen einstellt, ist im Zustande des Falliments. Die Offizialthätigkeit des (Handels-) Gerichts, welches auf Grund der Notorietät selbst von Amtswegen das Falliment eröffnen kann, betrifft namentlich den Beginn und die ersten Stadien des Verfahrens. Das Gericht bestimmt einen Richter-Kommissar (juge commissaire), welcher — abgesehen von den durch das Gericht zu treffenden Entscheidungen über Streitpunkte, welche in Einzeln-Verhandlungen erfolgen — selbständig das Verfahren leitet und beaufsichtigt; und ernennt einen Falliments-Agenten, welcher die Masse nur zu ermitteln und sicher zu stellen hat. Die vom Kommissar berufenen Gläubiger stellen eine Liste provisorischer Syndiken auf, das Gericht ernennt solche aus der Liste. Die Syndiken haben die Aktivmasse zu verwalten, mit Genehmigung des Kommissars Forderungen einzuziehen, Mobilien zu verkaufen, die Anmeldungen der K. Forderungen anzunehmen, welche jedoch vor dem, mit ausgedehnten Offizialbefugnissen ausgestatteten, Kommissar von den Gläubigern zu verifiziren und eidesstattlich zu affirmiren sind. Die nach einer gerichtlichen Frist nicht gemeldeten Gläubiger werden präkludirt. Die dann berufenen anerkannten Gläubiger wählen, falls nicht ein Akkord (Konkordat) geschlossen wird, definitive Syndiken und schließen nach Stimmenmehrheit einen Vertrag über die auszuführende Liquidation der Masse (Union). Die Syndiken haben diese zu bewirken; die Masse einschließlich der Immobilien und Pfänder wird vollständig realisirt. Je nach den Umständen erfolgen Vertheilungen auch vor Verwerthung der gesammten Masse, unter Zurückbehaltung der Antheile für bestrittene Forderungen; die Syndiken stellen den Vertheilungsplan auf und zahlen. Das französische Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838 (in Elsaß-Lothringen geltend, aber in der preußischen Rheinprovinz, in Rheinhessen und in der Rheinpfalz nicht eingeführt) reformirte mehrfach, kürzte die Firsten ab, und verband die beiden ersten Stadien der Agenten und provisorischen Syndiken in ein kurzes vorbereitendes Verfahren; die provisorischen Syndiken werden ohne vorgängige Ernennung von Agenten sofort bestellt. Die Präklusion von Gläubigern ist fortgefallen; die später anmeldenden werden bei neuen Vertheilungen berücksichtigt und erhalten auch die früher gezahlten Dividenden aus der Restmasse, soweit sie reicht. Die Nichtigkeit des Konkordats ist geregelt; in Ermangelung eines Konkordats tritt der Zustand der Union auch ohne Abschließung derselben von Rechtswegen ein.

Hieran knüpfte die preußische Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, fügte jedoch dem französischen Vorbilde wesentliche Verbesserungen ein. Wenngleich zunächst nur im Gebiete des preußischen A.L.R. eingeführt, war sie mit der Absicht verfaßt, demnächst auch für die gemeinrechtlichen und französisch-rechtlichen Gebiete zu dienen und ist dann auch in Hohenzollern und im Bezirke von Ehrenbreitstein mit geringen Modifikationen

eingeführt (Ges. vom 31. Mai 1860 und 3. Februar 1864). Die preußische K.O. übernahm aus dem französischen Verfahren die Bestellung eines richterlichen Kommissars, die Unterscheidung zwischen „einstweiligen" und „definitiven Verwaltern", die Beseitigung der Präklusion, die Zulässigkeit von Abschlagsabtheilungen und die Entscheidung der Streitpunkte in einzelnen Prozessen. Sie reduzirt die Vorrechte erheblich und regelt auch in ähnlicher Weise den Konkurs über Nichtkaufleute, läßt jedoch noch prinzipielle Unterschiede zwischen den Konkursen für Kaufleute und für Nichtkaufleute bestehen. Durch ein Gesetz vom 12. März 1869 G.S. S. 465 ist die preuß. K.O. in einigen Bestimmungen abgeändert, theils zur Abschneidung einiger Schwierigkeiten, welche die §§ 17, 56 betrafen, theils zur bessern Information für das Verfahren, theils zur Beseitigung von Mißbräuchen bei Akkordschließungen. Neben der Aufnahme der Vortheile des französischen Verfahrens machte die preußische K.O. besonders durch die Reduktion der Vorrechte und durch ein übersichtliches zur Feststellung der Konkursforderungen unter allseitiger Betheiligung angeordnetes Verfahren einen bedeutenden Fortschritt.

Die Konkursordnung der bayerischen P.O., vom 29. April 1869 folgt dem Vorbilde der preuß. K.O. wenngleich mit wesentlichen Abweichungen. Sie kennt keine Scheidung des Verfahrens in kaufmännischen und gemeinen Konkurs, erfordert auch bei Kaufleuten Insuffizienz des Vermögens, für alle G.Schuldner Einstimmigkeit aller im „Gantverfahren" aufgetretenen bez. im Vergleichstermine erschienenen Gläubiger zum Akkorde und möglichst Entscheidung der Streitpunkte in einem Urtheile, soweit sie gleichzeitig zur Entscheidung reif sind. Die K.O. vom 9. Januar 1869 für Oesterreich-Ungarn und das dänische Konkursgesetz vom 25. März 1872 haben sich ebenfalls an die preuß. K.O. von 1855 angeschlossen. Die letztere ist dann auch die wesentlichste Grundlage unserer deutschen K.O. geworden.

Ueber das Maaß dieser Gesetzgebungen hinaus ist der eigenen Thätigkeit der Betheiligten ein weit größerer Spielraum im englischen Konkursverfahren gewährt (Bankruptcy act vom 9. August 1869, in Schottland und Irland nicht in Geltung). Kaufleute und Nichtkaufleute sind ihm unterworfen; einzelne Vorschriften betreffen indeß nur die Kaufleute. Der Bankruptcy court (Einzelrichter) hat eine wesentlich richterliche Thätigkeit; dieselbe betrifft die Rechtsprechung über die Konkurseröffnung, die Bestätigung eines Vergleichs und die schiedsrichterliche Feststellung der vorkommenden, nicht in den gewöhnlichen Prozeßformen, aber bei Thatfragen in der Regel unter Zuziehung von Geschworenen zu verhandelnden, Rechtsstreitigkeiten. Das Gericht ist für die Verwaltung und Vertheilung der Masse, und für die Prüfung der Konkursforderungen nicht von Amtswegen thätig, und befindet darüber nur auf eingelegte Beschwerden, sowie überhaupt auf

Beschwerden über den Verwalter. Die Verwaltung führt bis zur ersten Gläubigerversammlung ein vom Gericht zu ernennender und zu entlassender registrar, welcher auch die Versammlungen der Gläubiger leitet; dann ein von der ersten Gläubigerversammlung unbeschränkt gewählter (und durch Beschluß der Gläubiger zu entlassender) trustee. Das Gericht hat kein Bestätigungs- oder Ablehnungsrecht hinsichtlich des trustee, kann ihn aber des Amts entsetzen. Die Gläubiger können zur Beaufsichtigung der Verwaltung des trustee einen Aufsichtsrath wählen (committee of inspection) von höchstens 5 Gläubigern oder Vertretern derselben. Nur zu wenigen Dispositionen (Verpfändung von Masseobjekten, Vergleichen, Unterwerfung unter Schiedsrichter, Vertheilung von Massestücken in natura unter die Gläubiger, und Bestellung eines Anwalts) bedarf der trustee der Genehmigung des Aufsichtsraths; er muß jedoch die Vorschriften der Gläubigerversammlung über die allgemeinen Grundsätze bei seiner Verwaltung befolgen, alle Gelder über 50 £ an die von den Gläubigern bestimmte Bank binnen 10 Tagen einzahlen und verwaltet im Uebrigen unbeschränkt, muß aber jedem Gläubiger auf Verlangen seine Bücher offen legen. Die Konkursforderungen sind ihm anzumelden und nachzuweisen, unbestimmte von ihm nach Geldwerth zu schätzen, — vorbehaltlich des Rechtsspruchs. Ein Vorrecht haben nur einjährige Steuern und die Löhne der letzten 4 bez. 2 Monate. Wenn ein Aufsichtsrath nicht gewählt ist, versieht das Gericht dessen Stelle. Vgl. Anlage II. zu den Mot. S. 79—93.

Eine besondere Mischung der Systeme enthält das Konkursgesetz der vereinigten Staaten von Amerika vom 2. März 1867. (Sie heißen nicht: von Nordamerika, wie die Motive bezeichnen.) Das Gesetz unterbreitet dem Konkursgerichte (Bezirksgericht, district court) im Wesentlichen ebenfalls nur die Entscheidungen über Streitigkeiten, vorbehaltlich der Rechtsmittel, und überträgt die Leitung des Verfahrens, welches nicht bloß kaufmännische, sondern alle Schuldner betrifft und nur auf Antrag eröffnet wird, hauptsächlich dem register in bankruptcy, welcher vom Bezirksrichter für jeden Bezirk ein für alle Mal bestellt und vereidigt wird, Anwalt sein und eine Kaution von mindestens 1000 Dollars leisten muß. Er leitet die Versammlungen der Gläubiger, protokollirt die Anträge und Verhandlungen, verhört Parteien und Zeugen (auch eidlich), spricht die K. Eröffnung aus, prüft die bei ihm anzumeldenden K.Forderungen, stellt sie fest, konstatirt die Verzeichnisse der Gläubiger und der Aktiva, bestimmt die Dividende, und prüft die Rechnung des Verwalters. Sofern jedoch irgend ein Streit entsteht, entscheidet das Gericht. Der Verwalter (assignee) wird auf Präsentation der Gläubiger in ihrer ersten Versammlung vom Gericht nach dessen freier Bestimmung ernannt. Der register (im Falle eines Streits das Gericht) bescheinigt durch eine Ueberweisung, daß kraft Gesetzes das exequirbare Vermögen mit dem Tage der K.Eröffnung auf den assignee

übergegangen ist. Letzterer bedarf zu einzelnen Dispositionen der Genehmigung des Gerichts und wird vom Gerichte dechargirt. Die Gläubiger haben keine entscheidende Einwirkung auf Verwaltung oder Verwerthung der Masse oder auf die Feststellung der Forderungen, und sind andererseits einem Zwangsvergleiche nicht unterworfen. Sie können aber im ersten oder in einem besonderen Termine durch die Majorität von $^3/_4$ der nachgewiesenen Forderungen beschließen, daß statt des K.Verfahrens die Liquidation durch die Gläubiger selbst regulirt wird. Der Beschluß bedarf der Bestätigung des Gerichts; sie ist zu ertheilen, wenn der Beschluß vorschriftsmäßig gefaßt und der Gesammtheit der Gläubiger vortheilhaft ist. Das gesammte Vermögen wird dann dem von den Gläubigern zu wählenden Vertrauensmann (trustee) übertragen, welcher ohne Einwirkung des Gerichts unter Leitung eines Gläubiger-Comite's verwaltet, verwerthet und vertheilt. Vgl. Anlage III. zu den Mot. S. 95—105.

Die geschichtlich erheblichen Verschiedenheiten in Betreff des materiellen Konkursrechts bleiben der sachlichen Darstellung bei den einzelnen Abschnitten vorbehalten.

Die deutsche Konkursordnung fand am 1. Oktober 1879 im deutschen Reiche einen äußerst bunten Zustand von Konkursgesetzgebungen vor, in deren Stelle sie treten sollte. Der Code de commerce galt in der preußischen Rheinprovinz (unter einigen Modifikationen des Ges. vom 9. Mai 1859), in Rheinhessen und in der Rheinpfalz. In Elsaß-Lothringen galt an dessen Stelle das französische Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838. Im Großherzogthum Baden hatte die P.O. vom 18. Mai 1864 hinsichtlich der materiellen Vorschriften sich wesentlich an das französische Recht angeschlossen, folgte aber für das eigentliche Gant-Verfahren dem gemeinrechtlichen Konkursprozesse. In Hamburg und Bremen galten besondere Systeme, welche namentlich hinsichtlich des Zwangsvergleichs von Interesse sind. Vgl. Vorb. vor § 160. Außer den erwähnten preuß. und bayer. K.Ordnungen gelten Kodifikationen des gemeinrechtlichen Konkursverfahrens unter einzelnen Modifikationen in Oldenburg (11. Oktober 1814), Braunschweig (19. März 1850), Hannover (P.O. vom 8. November 1850 mit einer eigenthümlichen, gegen den Lokationsplan zu richtenden, Anfechtungsklage auf Einräumung einer besseren Priorität; modifizirt durch die Ges. vom 14. Dezember 1864 und 28. Mai 1873), Nassau (29. September 1859, 15. Mai 1851), Gotha (1776), Lippe-Detmold (25. Dezember 1779, 8. Mai 1786), Waldeck (4. Juli 1836, 10. Juni 1850, 8. Juni 1863), Lübeck (17. September 1862). In den anderen deutschen Budesstaaten galten theils das gemeine Recht, theils einzelne Gesetze mit den verschiedensten Bestimmungen namentlich über Vorzugsrechte. Vgl. die „Darstellung der Quellen des in Deutschland geltenden Konkursrechts“, Anlage I. zu den Mot. S. 5—78.

§ 2.

Geschichte der deutschen Konkursordnung von 1877.

Die, insbesondere seit Beginn des siebenten Jahrzehnts unsers Jahrhunderts in den maßgebenden Kreisen sich kräftiger äußernden Bestrebungen zur Herstellung der deutschen Reichseinheit richteten sich, durch die Bedürfnisse des Verkehrs gedrängt, namentlich auch auf die Konkursgesetzgebung, obgleich dieselbe eine besondere Schwierigkeit dadurch bereitete, daß eine Reform wesentlich und mehr als die Civil- und Strafprozeßgesetzgebung in das materielle Recht eingreifen mußte. Schon das, für den norddeutschen Bund erlassene Gesetz, betreffend die Gewährung der Rechtshülfe, vom 21. Juni 1869, B.G.Bl. S. 305, §§ 13—18, hatte einheitliche Bestimmungen für die zwischen verschiedenen Bundesstaaten eintretenden Beziehungen in den Konkursen, welche in einem derselben eröffnet werden, getroffen. Der Bundesrath ersuchte laut Beschluß vom 21. Februar 1870 den Bundeskanzler, „den Entwurf einer einheitlichen K.O. für den norddeutschen Bund ausarbeiten zu lassen." Der Preuß. Justizminister Dr. Leonhardt wurde in Folge dessen ersucht, die Ausarbeitung zu veranlassen. Das Resultat war der, im Preuß. Justizministerium ausgearbeitete, „Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung" (nebst Motiven, Berlin 1873 bei v. Decker, 2 Bände und ein Anlageband). Er verdankt wesentlich dem jetzigen Geh. Ober-Regier.-Rath im Reichs-Justiz-Amt Karl Hagens seine Redaktion und seine eingehende Begründung, welche auf konsequenter Durchführung der aufgestellten Grundsätze im Anschlusse an die preuß. K.O. von 1855 fußend, der juristisch-logischen Entwickelung der Prinzipien in den Einzeln-Bestimmungen, den geschichtlich wichtigen und vergleichend den gleichzeitigen Konkursgesetzgebungen sowie den praktischen Bedürfnissen in ausgedehntem Maaße Rechnung trägt. Nachdem schon die Bundesverfassung vom 26. Juli 1867 Art. 4 Nr. 13 „die gemeinsame Gesetzgebung für das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren" der Bundesgesetzgebung unterworfen hatte, dehnte nach Errichtung des deutschen Reiches das Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 die Reichsgesetzgebung unter Aufhebung der früheren Beschränkungen auf „das gesammte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren" aus. In der Sitzung vom 21. Dezember 1873 beschloß der Bundesrath, daß der Entwurf der deutschen Gemeinschuldordnung einer Vorbereitung durch eine besondere, aus acht angesehenen Juristen und drei angesehenen Vertretern des Handelsstandes bestehenden Kommission unterzogen werden solle. Zu Mitgliedern dieser Kommission wurden gewählt:

1) der Handelsgerichts-Präses Albrecht zu Hamburg,
2) der mecklenb. Ober-Appell.-Rath (später Direktor für die Justiz-Angelegenheiten im Reichskanzler-Amte) v. Amsberg zu Rostock,

3) der preuß. Geh. Ober-Justizrath Dr. Förster zu Berlin, und nachdem derselbe noch vor dem Zusammentritt der Kommission zum Direktor im Ministerium der geistlichen Angelegenheiten ernannt war, an seiner Stelle der preuß. Geh. Ober-Justizrath Hertz zu Berlin,
4) der preuß. Geh. Justizrath Stadtger.-Direktor Harassowitz zu Berlin,
5) der württemberg. Ober-Tribunalsrath v. Kohlhaas zu Stuttgart,
6) der Justizrath Makower zu Berlin,
7) der bayer. Reichsrath Präsident v. Neumayr zu München,
8) der bayer. Justizministerial-Referent, Rath am bayer. obersten Gerichtshofe, Dr. Schmitt zu München;

und als Vertreter des Handelsstandes:
1) Paul Bassenge, stellvertretender Vorsitzender der Handelskammer zu Leipzig,
2) Franz Schütte, Mitglied der Handelskammer zu Bremen,
3) Robert Warschauer, Banquier, Geh. Kommerzienrath zu Berlin.

Als Schriftführer wurden der Kommission der preuß. Stadtger.-Rath (jetzt Geh. Ober-Regier.-Rath) Karl Hagens zu Berlin und der preuß. Landgerichtsrath Eingen zu Elberfeld beigegeben.

Die Kommission berieth unter dem Vorsitze des Präsident von Neumayr vom 16. März bis zum 31. Juli 1874. In dem, von dieser Vorkommission redigirten Entwurfe wurden die Grundprinzipien der „Gemeinschuldordnung" im Wesentlichen beibehalten, die einzelnen Bestimmungen jedoch vielfach geändert. In Betreff des materiellen Konkursrechts beschloß die Vorkommission namentlich die Ausscheidung des künftigen Erwerbs des G.Schuldners aus der K.-Masse (§ 1); einzelne Abweichungen hinsichtlich der Wirkung der K.-Eröffnung auf Pacht- und Miethverträge (§ 18), der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen (§§ 23—34), und der Vindikationsrechte von Ehegatten (§ 37) unter Aufrechthaltung der allgemeinen Grundsätze, Aenderungen hinsichtlich einzelner Absonderungsrechte (§ 41), der Berechnung von Zinsrückständen (§§ 55, 56) und der Sicherstellung für aufschiebend bedingte Forderungen (§§ 47, 60); sowie einige andere Modifikationen (§§ 36, 37, 47, 48). Eingreifender waren die Aenderungen in Betreff des Verfahrens. Aus der Gemeinschuldordnung wurden die Zulassung eines besonderen abgekürzten Verfahrens, eines Vergleichsverfahrens vor dem Konkurse zur Abwendung desselben und eines Verfahrens zur Rehabilitirung des Gemeinschuldners hinsichtlich der bürgerlichen Ehrenrechte, sowie die Bildung von Sondermassen innerhalb der Konkursmasse beseitigt. Ebenso wurde die Anwendung des Prinzips der mündlichen Verhandlung im Sinne der C.P. und der Berufung und Revision gegen Ent-

scheidungen des Konkursgerichts beseitigt und wurden dafür die Grundsätze der §§ 65, 66 Abs. 1, 3 aufgestellt. Den Gläubigern wurde das unbedingte Recht, den Verwalter zu wählen, genommen und dafür die Bestätigung durch das Konkursgericht verlangt, die Bestimmung des § 75, daß der Verwalter unter der Aufsicht des Konkursgerichts steht, wurde eingeschaltet, dem Gerichte das Veto des § 91 gegen die Ausführung von Beschlüssen der Gläubiger gegeben, und das vorläufige Veto des § 123 ausgedehnt. Die Absonderungsberechtigten wurden nach Verhältniß ihres muthmaßlichen Ausfalls zu Abstimmungen und zur Berücksichtigung bei Abschlagsvertheilungen zugelassen (Anm. zu § 57); die Wirkungen der fehlenden Zustimmung des Gläubiger-Ausschusses und der Gläubigerversammlung in den §§ 121, 122, 124 wurden geändert; die Nothwendigkeit der Siegelung, der Zwang zur Leistung des Manifestationseides für Andere außer dem Gemeinschuldner und die Auszahlung an die Gläubiger durch Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle wurden beseitigt; die besonderen Bestimmungen für Konkurse von Aktiengesellschaften (§§ 193, 194) aufgenommen, und einzelne andere sachliche, sowie vielfache redaktionelle Aenderungen vorgenommen.

Der Kommissionsentwurf, welcher dem Bundesrathe vorgelegt wurde, ist von demselben noch in einzelnen Punkten geändert. Es wurden insbesondere noch einige Vorrechte aufgenommen (§ 54 und Vorb. vor § 54), das K.Gericht ermächtigt, einen Gläubigerausschuß bis zur ersten Gläubigerversammlung zu bestellen (Anm. 1 zu § 79, vgl. § 84), und die, in Anm. 4 § 134 und Anm. 1 zu § 179 bemerkten Aenderungen vorgenommen. Die dem Bundesrathsentwurf beigefügte ausführliche an die Motive der deutschen Gemeinschuldordnung sich anschließende „Begründung" stammt dem Vernehmen nach ebenfalls aus der Feder des Geh. Ober-Regier.-Rath Hagens.

Der Reichskanzler legte diesen Entwurf dem Reichstage mittelst Schreibens vom 21. Januar 1875 und wiederholt am 27. Oktober 1875 zur Berathung vor. Der Reichstag wählte in erster Lesung eine Kommission von 14 Mitgliedern zur Vorberathung. Die Kommission bestand aus den Reichstags-Abgeordneten: Ober.-Appell.-Rath Ausfeld zu Jena, Rechtsanwalt Frankenburger zu Nürnberg (später nach seinem Austritte aus der Kommission: Dr. Zimmermann zu Berlin), Prof. Dr. Goldschmidt zu Berlin, Kreisrichter Grütering zu Dinslaken, Kaufmann Haanen zu Köln, Ober-Appell.-Rath Hullmann zu Oldenburg, Stadtgerichts-Rath Kochann zu Berlin, Kaufmann Mosle zu Bremen (nach dessen Ausscheiden Kaufmann Möring zu Hamburg), Staatsrath Dr. von Sarwey zu Stuttgart, Rechtsanwalt a. D. Schröder zu Berlin, Rechtsanwalt von Vahl zu Greifswald, Gutsbesitzer Dr. Wehsky zu Wüste-Waltersdorf, Gutsbesitzer v. Woedtke auf Woedtke, Rechtsanwalt Wölfel zu Merse-

burg. Als Protokollführer der Kommission fungirte der sächs. Gerichtsassessor Dr. Schreber, in einzelnen Verhandlungen auch der nachmalige Professor Dr. Seuffert und der preuß. Gerichtsassessor Sydow.

Als Vertreter des Bundesraths nahmen der preuß. Geh. Ober-Justizrath Hertz, der Kais. Regierungs-Rath Hagens, und der bayer. Appellationsrath Dr. Hauser, sowie Anfangs auch der Direktor im Reichskanzleramte Kais. Wirkl. Geh. Ober-Regier.-Rath v. Amsberg an den Berathungen Theil.

Die Kommission berieth unter dem Vorsitze des Staatsraths Dr. von Sarwey vom 11. November 1875 bis 4. Februar 1876 in erster Lesung, und nachdem die Kommission durch Ges. vom 20. Februar 1876 zur Fortsetzung der Verhandlungen bis zum Beginn der nächsten ordentlichen Reichstagssession ermächtigt worden war, vom 18. bis 26. Mai 1876 in zweiter Lesung. Die Protokolle über ihre Berathungen hat die Kommission drucken lassen. Als im Herbste 1876 die inzwischen von einer andern Reichstags-Justiz-Kommission vorberathenen Reichsjustizgesetze: Civilprozeßordnung, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz zur zweiten Reichstagslesung im Reichstage vorgelegt wurden, legte die Kommission auch den, aus ihren Berathungen hervorgegangenen Kommissionsentwurf vor. In demselben sind (unter Beibehaltung der Zahl der Paragraphen, sowie ihrer Folgeordnung — bis auf eine Umstellung der §§ 123—125 —) die Grundsätze des Bundesrathsentwurfs im Wesentlichen beibehalten, und nur einzelne Bestimmungen modifizirt. Die hauptsächlichsten Aenderungen betreffen die Vorschriften über die Aufnahme von Prozessen (§§ 8, 9, 132, 134), die Wirkung der Konkurseröffnung (§§ 15, 20), die Beseitigung einzelner Vorrechte (§ 54) und die Aufstellung des Grundsatzes, daß die Zustellungen der Entscheidungen von Amtswegen erfolgen sollen (§ 66 Abs. 2). Einzelne Modifikationen wurden in den §§ 68, 69, 105, 108, 112, 126, 128, 151, 159, 170, 171, 175, 191 und E.G. §§ 3, 12, 17 beschlossen. Der größte Theil der Aenderungen war nur redaktionell und zur Hervorhebung der beabsichtigten Bedeutung in Uebereinstimmung mit den Motiven bestimmt, so (außer der Aufnahme des Ausdrucks: „verwerthen" statt: „versilbern" bez „veräußern") in den §§ 1, 19, 23, 24, 26, 47, 60, 72, 82, 91, 96, 97, 103, 124, 135, 173, 194, 201, 205 und E.G. § 1. Auf den durch den Rechtsanwalt v. Vahl als Berichterstatter der Kommission erstatteten mündlichen Bericht (Stenogr. Ber. 1877. 4. Sess. S. 569—572, Wengler S. 24—35) wurde der Kommissionsentwurf vom Reichstage in seiner zweiten Lesung am 2. Dezember 1876 und ebenso in der dritten Lesung am 21. Dezember 1876 einstimmig angenommen. Von den Schwierigkeiten, welchen das Zustandekommen der übrigen Reichsjustizgesetze: G.V., C.P. und StP. im Reichstage ausgesetzt war, und welche für dieselben mehrfache Aenderungen der Entwürfe der Reichstags-Justiz-

Kommission zur Folge hatten, wurde die Konkursordnung nicht betroffen. Der Kommissionsentwurf ist unverändert sanktionirt und als Konkursordnung vom 10. Februar 1877 nebst Einführungsgesetz von demselben Tage (R.G.Bl. S. 351—394) publizirt.

§ 3.
Charakteristik der Konkursordnung.

Das Verhältniß der einzelnen Bestimmungen eines Gesetzgebungswerks kann nur unter stetem Hinblick auf die leitenden Grundgedanken ein vollständiges und fruchtbringendes sein. Dies wird um so mehr nöthig, wenn das Werk im Ganzen eine konsequente systematische Durchführung seiner Prinzipien in den einzelnen Vorschriften zeigt, wie bei der K.O. zumal für das materielle Konkursrecht in hohem Maaße der Fall ist. Von der prinzipiellen Konsequenz der „Gemeinschuldordnung" ist freilich durch die Abänderungen und Zusätze der Vorberathungs-Kommission von 1874, welche der Kürze halber als Vorkommission (Vork.) bezeichnet werden mag, insbesondere hinsichtlich des Verfahrens mehrfach abgewichen. An sich soll und kann dies kein Vorwurf sein; wie das Leben, so verträgt auch die Gesetzgebung und die Rechtsbildung keine absolute Konsequenz, sondern verlangt die Rücksicht auf die praktischen und humanen Verhältnisse und auf Ausnahmezustände. Ueberhaupt hat sich dieser Kommentar nicht zur Aufgabe gestellt, die K.O. zu kritisiren, sondern nur, das Werk zum Verständniß behufs der praktischen Anwendbarkeit zu bringen, wenngleich sich manche kritische Bemerkung zumal mit Rücksicht auf die praktische Anwendung unwillkürlich in die Feder drängt. Immerhin ist durch die zugelassenen Abweichungen das System der „Gemeinschuldordnung" in der K.O. nur in einzelnen Beziehungen geändert; und die K.O. hat im Ganzen einen einheitlichen Charakter behalten, wie kaum ein anderes neueres Gesetzgebungswerk. Es wird daher nöthig, im Grundrisse zunächst die bestimmenden Prinzipien darzulegen, welche bei der Ausführung der einzelnen Gesetzesvorschriften stets gegenwärtig zu halten sind.

Die K.O. behandelt außer den, im dritten Buche beigefügten Strafbestimmungen in seinen beiden Haupttheilen und zwar im ersten Buche das materielle objektive Konkursrecht und im zweiten Buche das Konkursverfahren. In keiner Beziehung mit alleiniger Ausnahme einiger Strafbestimmungen (§ 209 Nr. 3, 4, § 210 Nr. 2, 3), wird hinsichtlich des Konkurses über das Vermögen eines Kaufmanns oder eines Nichtkaufmanns ein Unterschied gemacht. Dem materiellen Konkursrechte, welches in wesentlichen Beziehungen noch aus dem zweiten Buche ergänzt wird, liegt der Gedanke des subjektiven Konkursanspruchs der Gläubiger zu Grunde. Das Unvermögen des Schuldners, seine laufenden Zahlungen

zu leisten, und die Kollision der Forderungen gegen ihn erzeugt für jeden Gläubiger den rechtlichen Anspruch, daß sein zur Zeit vorhandenes gesammtes Vermögen zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde. Als gesetzlicher Vertreter des G.Schuldners hinsichtlich der Verwendung seines Vermögens behufs der Verwirklichung dieses Anspruchs im gemeinsamen Interesse der Gläubiger wird der Verwalter bestellt. Er versieht, wie auch in der preuß. K.O., die Funktionen des gemeinrechtlichen Kurator und Kontradiktor gleichzeitig. Der G.Schuldner bleibt an sich handlungsfähig und Eigenthümer der K.Masse. Das nach der K.Eröffnung erworbene Vermögen des G.Schuldners gehört nicht zur K.Masse. §§ 1, 2, 5 ff., 94, 95. Die Gläubiger bleiben, wenngleich gemeinschaftlich zur Erreichung dieses Zweckes interessirt und verbunden, doch selbständig einzeln berechtigt, ohne eine Gesammtpersönlichkeit zu bilden. Jeder von ihnen sowie auch jeder Dritte ist verpflichtet, den gleichen Konkursanspruch aller Gläubiger zu respektiren. Er kann, sobald er durch die im einzelnen Falle ihm nachzuweisende Kenntniß von der Zahlungseinstellung auch schon vor der Konkurseröffnung erfahren hat, daß der Konkursanspruch begründet ist, nicht noch unter Verletzung desselben Rechte an das Vermögen des Gemeinschuldners gewinnen. Rechtshandlungen, welche diesen Konkursanspruch verletzen, sind anfechtbar; eine Aufrechnung (Kompensation) kann durch solche Rechtshandlungen nicht begründet werden. Durch die Zeit der Entstehung des Konkursanspruchs, durch die Kenntniß Anderer hiervon und durch den Umfang des Konkursanspruchs werden die Bedingungen und Grenzen der Gültigkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, der Erwerbung besonderer Rechte seitens der Gläubiger, der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen und der Zulässigkeit der Aufrechnung von Gegenforderungen bestimmt (I. Tit. 1, 3, 6).

Da der Konkursanspruch auf das Vermögen des Gemeinschuldners gerichtet ist, so können als Konkursgläubiger nur solche Gläubiger Theil nehmen, welche zur Zeit der Konkurseröffnung einen in bestimmtem Geldbetrage geltend zu machenden Vermögensanspruch haben, §§ 2, 62. Rechte, welche ein Dritter schon vorher auf einzelne in der Masse befindliche Objekte erworben hatte, sie mögen auf Aussonderung derselben als nicht dem Gemeinschuldner gehörig (für Vindikanten) oder auf Absonderung behufs vorzugsweiser Befriedigung von Gläubigern aus denselben (für Pfandgläubiger und Gleichberechtigte) gerichtet sein, werden durch den Konkurs nicht berührt. Die Aus- und Absonderungsberechtigten können ihre Rechte unabhängig vom Konkursverfahren und außerhalb desselben geltend machen; sie gehören als solche nicht zu den Konkursgläubigern. Die Absonderungsberechtigten müssen sich jedoch die Verwerthung der Objekte gefallen lassen (I. Tit. 4, 5, und §§ 57, 116, 117). Wer hinsichtlich des

unbeweglichen Vermögens ein dingliches oder persönliches Recht auf abgesonderte vorzugsweise Befriedigung hat, entscheidet sich nach den betreffenden Reichs- und Landesgesetzen. Hinsichtlich der beweglichen Sachen, Forderungen und andere Vermögensrechte ist jedoch durch die K.O. (§§ 40 ff. und E.G. §§ 14 ff.) festgestellt, welche Klassen von Gläubigern allein als Faustpfandgläubiger oder Gleichberechtigte ein Recht auf abgesonderte Befriedigung geltend machen können, und zwar ist für die Beschränkung dieser Kategorien wesentlich die Rücksicht entscheidend, daß die Berechtigten ein durch Besitz, allgemeine Erkennbarkeit und Beziehung auf das Absonderungsobjekt unterscheidbares Recht unter positiv bestimmten Voraussetzungen haben müssen. Die gemeinrechtlichen stillschweigenden, vertragsmäßigen und generellen, Hypotheken an Mobilien sind hierfür wirkungslos. Absonderungsberechtigte, welche zugleich einen persönlichen Anspruch an den Gemeinschuldner haben, können ihn als Konkursgläubiger anmelden. In Höhe ihres muthmaßlichen Ausfalles sind sie stimmberechtigt und werden Antheile für sie bei Abschlagsvertheilungen zurückbehalten. Bei der Schlußvertheilung und definitiv werden sie aber nur in Höhe ihres wirklichen Ausfalls oder desjenigen Betrages, für welchen sie auf abgesonderte Befriedigung verzichten, berücksichtigt.

Die begrifflich abgegrenzten Masseansprüche sind aus der Masse vor Befriedigung der Konkursgläubiger zu berichtigen. (I. Tit. 2, 7.) Die übrige Masse wird unter den Konkursgläubigern nach dem Verhältnisse der Geldwerthe ihrer Forderungen, wie sie zur Zeit der Konkurseröffnung begründet waren, vertheilt. Nur für fünf Klassen von Forderungen:

1. Lohnforderungen, 2. öffentliche Abgaben, 3. Abgaben und Leistungen an Kirchen, Schulen, öffentliche Verbände, öffentliche Feuerversicherungsanstalten, 4. Kur- und Pflegekosten, zu 1—4 aus dem letzten Jahre, und 5. Forderungen der Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners wegen ihres, gesetzlich von ihm zu verwaltenden Vermögens haben ein Vorzugsrecht vor andern Konkursforderungen (I. Tit. 8, 1, 2). Der Umfang der Vorrechte ist dadurch gegenüber den Bestimmungen sowohl des gemeinen und des französischen Rechts als auch selbst der preuß. K.O. bedeutend eingeschränkt. Der Ehefrau des Gemeinschuldners ist kein Vorrecht eingeräumt. Als Vindikantin kann sie Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß sie nicht mit den Mitteln des Mannes erworben sind. Für die Anfechtbarkeit der Verfügungen, welche der Gemeinschuldner zu Gunsten seines Ehegatten getroffen hat, sind besondere Vorschriften gegeben.

Das Konkursverfahren kann, den Bedingungen der Entstehung des Konkursanspruchs entsprechend, nur eröffnet werden, wenn der Gemeinschuldner seinen fälligen Vermögensverbindlichkeiten nicht genügen kann, „zahlungsunfähig“ ist (insbesondere „seine Zahlungen einstellt“), ohne

daß eine objektive Vermögensunzulänglichkeit vorhanden zu sein braucht, § 94. (Abgesehen von Modifikationen für die Konkurse über einen Nachlaß, über eine Aktiengesellschaft und über eine aufgelöste eingetragene Genossenschaft, §§ 203, 193, 195.) Die Eröffnung kann nur auf den Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers erfolgen. Der Schuldner ist vor der Eröffnung in der Regel zu hören, §§ 95. Dies Vorverfahren sowie überhaupt das Verfahren im Konkurse ist ein außerordentliches Prozeßverfahren. Während die Verwerthung der Vermögensgegenstände nicht in den Formen der Zwangsvollstreckung zu erfolgen braucht, sind für die Verhandlungen der Betheiligten, auch soweit sie vor Gericht erfolgen, nicht die Formen des eigentlichen Civilprozesses zu beobachten. Als Konkursgericht ist das Amtsgericht, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig. Alle Entscheidungen des Konkursgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen, und sind mit dem Rechtsmittel der „sofortigen Beschwerde" anfechtbar, einzelne Ausnahmen unanfechtbarer Entscheidungen abgerechnet. Der Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung, wie er für den Civilprozeß in der C.P. aufgestellt ist, findet für das Konkursverfahren selbst keine Anwendung, tritt dagegen für die durch dasselbe veranlaßten besonderen Prozesse wieder in sein Recht. Im Uebrigen finden für das Konkursverfahren die Vorschriften der C.P. „entsprechende" Anwendung; für öffentliche Bekanntmachungen und für Zustellungen sind indeß allgemein besondere Vorschriften erlassen, §§ 64—69. Die Streitpunkte unter den Betheiligten sowohl hinsichtlich der Verität oder Priorität der Forderungen, als hinsichtlich der Vertheilung oder sonstiger, durch das Verfahren veranlaßten, Differenzen werden nicht durch Prozesse bez. Urtheile, welche sich gleichzeitig über alle Streitigkeiten erstrecken, sondern durch besondere Einzelnprozesse erledigt. Präklusions-, Klassifikations- und Distributions-Erkenntnisse fallen fort.

Die Organe zur Verwaltung und Vertheilung der Konkursmasse sind der Verwalter, ein Gläubigerausschuß und die Gläubigerversammlung. Die Verwaltung und Verwerthung der Masse ist im Wesentlichen prinzipiell den Gläubigern und als dem in ihrem gemeinsamen Interesse fungirenden Organe dem Verwalter zur Selbstverwaltung übertragen. Der Verwalter muß in bestimmten Fällen die Genehmigung des Gläubigerausschusses bez. der Gläubigerversammlung einholen, §§ 121 — 125. Die Unterscheidung der Funktionen eines einstweiligen und eines definitiven Verwalters ist nicht aufgenommen. Das Prinzip der Selbstverwaltung ist jedoch mehrfach durchbrochen, und dem Gerichte eine immerhin noch bedeutende Mitwirkung eingeräumt. Der Verwalter wird vom Gerichte ernannt; die Gläubiger, welche nach der Eröffnung zu berufen sind, können einen Verwalter wählen, das Gericht braucht den Gewählten aber nicht zu

ernennen, § 72. Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Gerichts, §§ 75, 76. Die Gläubiger können (brauchen aber nicht) einen Gläubigerausschuß zur Kontrolle des Verwalters wählen; vor der ersten Generalversammlung kann das Gericht einen Ausschuß bestellen, § 79. Die Gläubigerversammlung kann nur auf Beschluß des Gerichts zusammentreten und unter Leitung des Gerichts stattfinden; über streitige Stimmberechtigung entscheidet das Gericht. Das Gericht kann auch die Ausführung des Beschlusses einer G.Versammlung auf Antrag des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers untersagen, „wenn der Beschluß dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht", §§ 79—91, (II. Tit. 1—3).

Zur Feststellung der Forderungen wird durch öffentliche Bekanntmachung eine Frist zur Anmeldung beim Gerichte und ein gerichtlicher allgemeiner Prüfungstermin bestimmt. Die angemeldeten Forderungen werden in eine Tabelle eingetragen. Sofern nicht der Verwalter oder ein Konkursgläubiger widerspricht, ist die Forderung „festgestellt" und damit stimmberechtigt und zur Theilnahme an Vertheilungen berechtigt. Die Beseitigung eines Widerspruchs müssen die Betheiligten nöthigenfalls durch besondere Prozesse im Rechtswege betreiben. Die in der Anmeldefrist nicht gemeldeten Forderungen sind dadurch nicht präkludirt, und können sich noch später melden, müssen jedoch die Kosten eines besonderen Prüfungstermins tragen und können die bei früheren Vertheilungen bestimmten Prozente nur aus der Restmasse, soweit diese reicht, bekommen. Vertheilungen sollen nach dem allgemeinen Prüfungstermine erfolgen, so oft hinreichende Masse vorhanden ist. Bevorstehende Abschlagsvertheilungen werden unter Auslegung des Verzeichnisses der berechtigten Forderungen vorher bekannt gemacht; Gläubiger, welche dann vor Ablauf einer „Ausschlußfrist" von zwei Wochen noch die Prozeßbetreibung für streitige Forderungen bez. die Betreibung der Veräußerung eines Absonderungsobjekts nebst ihrem muthmaßlichen Ausfalle nachweisen, werden durch Zurückbehaltung ihres Antheils berücksichtigt. Einwendungen gegen das Verzeichniß der vertheilungsberechtigten Forderungen können nur binnen einer Woche nach der „Ausschlußfrist" vorgebracht werden; über diese Einwendungen entscheidet das Konkursgericht. Nach Ablauf jener Fristen bestimmt der Verwalter (unter Zustimmung des Gläubigerausschusses, wenn ein solcher bestellt ist) der Prozentsatz für die Abschlagsvertheilung. Unter entsprechenden Modifikationen erfolgt so auch die Schlußvertheilung (deren Vornahme jedoch der Genehmigung des Gerichts unterliegt) zugleich mit der Legung der Schlußrechnung des Verwalters zur Monirung seitens des G.Schuldners und der Konkursgläubiger (II. Tit. 4, 5).

Einem, vom Gemeinschuldner für die nicht bevorrechtigten Gläubiger vorgeschlagenen Zwangsvergleiche (Akkord) muß sich die Minderheit

unterwerfen, wenn auf Berufung der Gläubiger die Mehrheit der im Termine anwesenden Gläubigerpersonen für mindestens drei Viertheile der Gesammtsumme der stimmberechtigten Forderungen dem Vergleiche zustimmt; und wenn das Konkursgericht den Vergleich bestätigt. Das Gericht muß außer bei Nichtbeobachtung der Vorschriften für Verfahren und Abschluß den Vergleich von Amtswegen verwerfen, bez. nicht zulassen, wenn der Gemeinschuldner flüchtig ist, den Offenbarungseid weigert, wegen betrüglichen Bankerutts in Untersuchung oder bestraft ist. Auf Antrag eines stimmberechtigten Gläubigers muß der Vergleich verworfen werden, wenn er durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise zu Stande gebracht ist oder „dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger widerspricht". Wenn der Vergleich durch Betrug zu Stande gebracht ist oder der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt wird, so kann jeder Gläubiger, ohne die Vergleichsrechte zu verlieren, die Beseitigung des Vergleichserlasses beanspruchen; im Falle einer Verurtheilung wegen Bankerutts auch die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens beantragen (II. Tit. 6). Nach der Beendigung des Verfahrens durch Schlußvertheilung, Zwangsvergleich, Einstellung auf Bewilligung aller Gläubiger oder wegen Mangels an Masse haben die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt und im Prüfungstermine auch vom Gemeinschuldner nicht bestritten sind, gegen den Gemeinschuldner wegen ihres Ausfalls bez. wegen der akkordmäßigen Verpflichtungen das Recht auf Zwangsvollstreckung, §§ 152, 179, 192.

Die charakteristischen Unterschiede der K.O. sind unverkennbar. Für das Konkursrecht ist durch den mit der Zahlungsunfähigkeit entstehenden Konkursanspruch, welcher durch die Konkurseröffnung allgemein dokumentirt wird, aber schon vorher durch Zahlungseinstellung entstanden sein kann, eine einheitliche Grundlage sowohl für die Konkurseröffnung selbst, als auch für die Gültigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, und für die Erwerbung von Kompensations- und besonderen Rechten gegeben. Von der im Allgemeinen auf gleicher Grundlage beruhenden preuß. Konkursordnung unterscheidet sich außer der Hervorhebung der Rechtsprinzipien an Stelle kasuistischer Bestimmungen die Behandlung dieser Materie noch wesentlich dadurch, daß nicht im Beginne des Konkursverfahrens und nicht ein für allemal endgültig entschieden wird, wann vor der Konkurseröffnung eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat, sondern, daß die Erörterung und Entscheidung darüber für den Fall der Anfechtung von Rechtshandlungen bez. von Kompensationen unter den Betheiligten im einzelnen Prozesse erfolgt. Die Vorschriften über die Anfechtung von Rechtshandlungen gelten nur für das Konkursverfahren. Die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens ist auf gleicher Grundlage durch das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 geregelt.

— Für das Mobiliarpfandrecht ist durch die K.O. eine sachgemäße, die Landesrechte beherrschende, Grundlage im Anschlusse an die Prinzipien der erkennbaren Spezialhypotheken der neueren Grundbuchsysteme geschaffen, unmittelbar auch nur zur Geltung im Konkurse, indeß gleichfalls als Grundlage einer einheitlichen deutsch=rechtlichen Gesetzgebung verwendbar. Die von der K.O. bestimmte Ausscheidung der Aus= und Absonderungsberechtigten aus dem Konkursverfahren befreit dasselbe von einer Menge von Verhandlungen, welche nur dadurch noch mit der Auseinandersetzung in Verbindung bleiben, daß der Verwalter die Verhandlungen mit den Berechtigten zu erledigen hat und das Resultat von Einfluß auf die Masse ist.

Durch die Ausscheidung der Absonderungsberechtigten und durch die Reduktion der Vorrechte, sowie durch die Verweisung der Streitpunkte über die Forderungen zur Einzelnentscheidung in Separatprozessen wird das Konkursverfahren sehr vereinfacht. Das Verfahren in Betreff der Feststellung der Forderungen entspricht dem Vorgange der preuß. K.O. Das Vertheilungsverfahren der letzteren hat noch eine entschiedene Verbesserung darin erfahren, daß die Erörterung und Ergänzung des Verzeichnisses der zu berücksichtigenden Forderungen vorangehen muß, bevor die Bestimmung des Prozentsatzes bez. der Antheile erfolgt, daß also eine Umrechnung eines Vertheilungsplanes vermieden wird.

Hinsichtlich der Verwaltung ist anzuerkennen, daß das Maaß der Betheiligung der Gläubiger und auch des Gemeinschuldners ein größeres geworden und die Offizialthätigkeit des Gerichtes zurückgedrängt ist. Die in den Motiven wiederholt betonte „Selbstverwaltung" der Betheiligten dürfte jedoch noch manche unnöthige in der K.O. ihr auferlegte Beschränkung entbehren können, ohne eine absolute zu sein und ohne für eine Minorität oder für Abwesende den nöthigen Schutz vermissen zu lassen. Die Gewöhnung an die richterliche Leitung hat noch verschiedene Reste der Bevormundung konserviren lassen und für die Betheiligung der Interessenten das Moment der Freudigkeit an einer Selbstthätigkeit ohne Bevormundung zu wenig berücksichtigt. Dem richterlichen Ermessen ist ein unnöthig breiter Raum eingeräumt, welcher gerade da, wo es sich um Verwaltungsmaßregeln und um Wahrung von Interessen handelt, nicht an der richtigen Stelle ist. Die Befugniß des Gerichts, einen Verwalter, welchen die Gläubiger (selbst einstimmig) wählen und gegen dessen Bestellung auch der Gemeinschuldner nichts einzuwenden hat, doch nicht zu ernennen, oder auf den Antrag der Gläubiger unter Zustimmung des Gemeinschuldners doch nicht zu entlassen, möchte ein Uebermaaß von Gerichtsleitung sein. Es steht nichts entgegen, Kategorien der Unfähigkeit für die Bestellung zum Verwalter aufzustellen oder das Eintreten des Gerichts nach Analogie der Liquidatoren einer Aktien= oder Handelsgesellschaft (H.G. Art. 133, 134, 172, 244) auf das Anrufen von Betheiligten einzuschränken. Die nicht

umgrenzte Aufsicht des Gerichts über den Verwalter hat im Gesetze selbst nicht den beschränkenden Ausdruck erhalten, welcher nach den Motiven verstanden sein soll, und damit unterliegt die gesammte Behandlung wesentlich dem Ermessen des Gerichts als Aufsichtsbehörde. Daß die Berufung und die Leitung einer Gläubigerversammlung seitens des Gerichts erfolgt, dürfte ebenfalls nicht nöthig sein; die Berufung und Leitung der Generalversammlungen für Aktiengesellschaften hat sich ohne gerichtliche Einmischung sowohl in Betreff der Legalität der Formen als hinsichtlich der Wahrung der verschiedenen Interessen selbst in Fällen entschiedenster Gegnerschaft genügend bewährt, und jedenfalls für alle Fälle, in welchen die Entscheidung des Gerichts von Niemanden angerufen wird, möchte eine Abweichung sich erübrigen. Auch die Entscheidung über die Stimmberechtigung für streitig gebliebene oder bedingte Forderungen und für den muthmaßlichen Ausfall von Pfandgläubigern und Gleichberechtigten dürfte der Majorität der Gläubigerversammlung mit demselben Rechte überlassen werden können, wie sich die Minorität selbst dem Zwangsvergleiche der Majorität unterwerfen muß. Die abnorme Bestimmung des § 91 endlich macht das Gericht selbst gegen den Beschluß einer Gläubigerversammlung zum Richter über das „gemeinsame Interesse" der Gläubiger, also über Zweckmäßigkeitsfragen, für deren Beurtheilung das Gericht kaum in irgend einem Falle so befähigt sein dürfte, als die Gläubigerversammlung. Auch die Verwerfung eines Majoritätsvergleichs, wenn er dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger nach dem Ermessen des Gerichts widerspricht (§ 173 Abs. 2), erregt dieselben Bedenken. Die Anlehnung an das englische Konkursverfahren würde in manchen dieser Beziehungen die wirkliche Einführung einer freieren Selbstthätigkeit der Betheiligten nach bewährtem Vorbilde gefördert haben. Zu hoffen ist, daß das Gericht sich für die Ausübung seiner diskretionären Befugnisse in allen diesen Fällen auf die Wahrung von Intentionen beschränkt, welche dafür in den Motiven als beabsichtigt bezeichnet sind, damit nicht die prinzipiell aufgestellte Selbstverwaltung der Betheiligten in das Gegentheil umschlägt.

§ 4.

Grenzen der Anwendbarkeit der Konkursordnung.

Die Konkursordnung geht als deutsches Reichsgesetz „im ganzen Umfange des Reichs" (E.G. § 1) den Landesgesetzen in den deutschen Bundesstaaten vor. Art. 2 Reichsverf. Da das „gesammte bürgerliche Recht" nebst dem „gerichtlichen Verfahren" der Reichsgesetzgebung unterliegt (Verf.-Ges. vom 20. Dezember 1873 Art. 4 No. 13), so sind die Landesgesetze sowohl hinsichtlich des materiellen (bürgerlichen) Rechts als auch hinsichtlich des Verfahrens für das, durch die K.O. betroffene Rechtsgebiet

außer Kraft gesetzt, soweit nicht die K.O. selbst auf die Landesgesetzgebung Bezug nimmt oder dieselbe voraussetzt, was namentlich hinsichtlich der Aus- und Absonderungsberechtigten (§§ 3, 35, 39) sowie der materiellen Begründung aller Forderungen der Fall ist. Dieser Grundsatz ist auch im E.G. § 4 unter ausdrücklicher Ausdehnung auf „gerichtliche, zur Abwendung oder Einleitung eines Konkursverfahrens dienende Stundungs- und Nachlaßverhandlungen" und Moratorien ausgesprochen. Auch künftig hat sich die Landesgesetzgebung auf dem von der Reichsgesetzgebung ergriffenen Gebiete der Thätigkeit zu enthalten, soweit eine solche nicht ausdrücklich der Landesgesetzgebung vorbehalten ist. Vgl. E.G. §§ 5, 7, 8, 12, 13, 17. Durch ein Landesgesetz können reichsgesetzliche Bestimmungen nicht aufgehoben oder abgeändert werden. Negativ gilt dasselbe von der Einführung solcher Konkursvorschriften, welche die K.O. nicht getroffen hat. Durch Landesgesetze kann die Geltendmachung von Ansprüchen im Konkurse oder gegen die Konkursmasse, sei es von Konkursgläubigern, oder die Vertheidigung dagegen nicht von Bedingungen oder Formen abhängig gemacht werden, welche die K.O. nicht vorgeschrieben und dadurch für nunöthig erklärt hat. Andrerseits sind für diejenigen Gebiete, für welche nach der K.O. die landesgesetzlichen Vorschriften bestimmend sind (§§ 35, 39, E.G. § 7) oder „unberührt bleiben" (E.G. § 5), nicht nur die gegenwärtigen Gesetze aufrecht erhalten, sondern auch die Befugnisse der Landesgesetzgebung, zeitige Bestimmungen zu ändern und neue einzuführen. Soweit dem Vorbehalte landesgesetzlicher Legislation reichsgesetzlich Beschränkungen beigefügt sind (E.G. §§ 8, 12, 13, 17) bleiben diese natürlich zu beachten.

Das Konkursverfahren gehört zur „ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit" im Sinne des § 2 E.G. z. G.V. im Gegensatze zur Ausübung der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das K.Verfahren ist unter die Leitung der ordentlichen Gerichte: des Amtsgerichts und der im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichte (vgl. G.V. § 12) gestellt, und dazu bestimmt, bürgerliche Rechtsansprüche zum Austrage zu bringen und Streitigkeiten zwischen Gläubigern und Schuldner sowie einzelne den Gang des Gesammtverfahrens betreffende Streitfragen zwischen den Betheiligten durch richterliche Entscheidung zu ordnen. Zu den „Prozeßordnungen", welche im G.V. (§§ 24, 161) bezogen und vorausgesetzt sind und auf welche das G.V. Anwendung findet, gehört außer der C.P. und St.P. auch die K.O. In früheren Entwürfen des G.V. war dies in einem besonderen Paragraphen gesagt; man fand es dann aber genügend, in den Mot. des G.V. S. 215 es auszusprechen. Ebenso setzt das G.V. § 204 seine Anwendbarkeit auf den Konkurs voraus. In diesem Sinne ist auch von den Vertretern des Bundesraths (Hagens und v. Amsberg) bei der Berathung des G.V. der Umfang der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit erläutert. Prot. z. G.V. S. 71. Demgemäß sind die Bestimmungen des G.V. für

die Anwendung der K.O. anwendbar und ist in dieser Beziehung auch keine Ausnahme angeordnet.

Für alle deutschen Gerichte, für alle Gläubiger, Schuldner und sonstige Betheiligte, welche der Reichsgesetzgebung unterworfen sind, gelten kraft derselben die Bestimmungen der K.O. gleichmäßig, ohne Unterschied, ob der Konkurs im eigenen Staate des Betheiligten oder in einem andern Bundesstaate des deutschen Reiches eröffnet ist. Kraft der Justizhoheit des deutschen Reiches und der reichsverfassungsmäßig und reichsgesetzlich begrenzten Justizhoheit des Staates ist grundsätzlich ein Jeder im deutschen Reiche sich Aufhaltende der richterlichen Gewalt innerhalb ihrer Zuständigkeit unterworfen, ohne Rücksicht darauf, ob er sich persönlich unterwerfen will. Auf diesem Grundgedanken beruhen das G.V. und die Reichsprozeßordnungen einschließlich der K.O. Der Gerichtsstand ist für das ganze Reich gleichmäßig mit unbedingter Wirksamkeit für jeden Betheiligten geregelt. Gebote und Ladungen vor ein deutsches Gericht sind von Allen zu befolgen. Es bedarf keiner Anweisung eines persönlichen Gerichts, einem andern Gerichte Folge zu leisten. Diese Anweisung hat kraft der Reichsgesetzgebung das Gesetz für alle Fälle innerhalb der Zuständigkeitsschranken gegeben. Ausnahmen kommen nur in Betracht, soweit das Gesetz sie bestimmt. Vgl. die Bestimmungen über Exemtionen im G.V. §§ 18—21 u. Anm. 1 zu § 5. In Kraft geblieben und auch für den Konkurs erheblich (vgl. R.O.H. Bd. 25 S. 303) ist der Grundsatz des § 19 des Rechtshülfegesetzes v. 21. Juni 1869, B.G.B. S. 305: „Ist eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit in einem Bundesstaate rechtshängig geworden oder rechtskräftig entschieden, so kann die Rechtshängigkeit oder die Rechtskraft vor jedem Gerichte desselben oder eines anderen Bundesstaates geltend gemacht werden.“ Während hierdurch das Verhältniß der *einzelnen* Personen zu allen deutschen Gerichten sich bestimmt, ist zugleich durch die Reichsgesetzgebung das Verhältniß der deutschen *Gerichte* zu einander ein unmittelbares geworden. Das Reichsgericht (G.V. §§ 125 ff.) übt seine Thätigkeit kraft der Justizhoheit des deutschen Reiches, ebenso die Landesgerichte im Reichslande Elsaß-Lothringen im Namen des Reiches, alle andern deutschen Gerichte kraft der Justizhoheit der einzelnen Bundesstaaten (G.V. § 15). Zu der, ihre Justizhoheit mit umfassenden, Staatsverfassung jedes Bundesstaates gehören zunächst auch die Zugehörigkeit des Bundesstaates zum deutschen Reiche und die Reichsverfassung, und damit (Art. 2) auch die Geltung der Reichsgesetzgebung. Durch dieselbe und insbesondere durch das G.V. hat die Justizhoheit des einzelnen Staates in zweifacher Weise einen theils einschränkend, theils ausdehnend modifizirenden allgemein-deutschen Charakter erhalten, indem das Reichsgericht kraft der Reichsgewalt als *höchstes* Gericht thätig ist, und indem die andern Gerichte zwar kraft der Staatsgewalt der Einzelstaaten, aber zugleich in Folge des gemeinsam-deutschen

Charakters der Staaten als deutsche Gerichte und als der Reichsgesetzgebung unterworfen wirken. Das Bundesgesetz vom 21. Juni 1869 (B.G.Bl. S. 305), welches die Aufgabe hatte, die Schranken der Gerichtsgewalt zu beseitigen, und welches in den §§ 13—18 namentlich für die Hülfeleistung der Gerichte und für deren Zuständigkeit betreffs des Konkursverfahrens besondere Bestimmungen gegeben hatte, ist durch die Allgemeingeltung der Reichsgesetzgebung für das Rechtsgebiet des G.V. und der Reichsprozeßordnungen einschließlich der K.O. theils unnöthig geworden, theils durch die Vorschriften des G.V. §§ 157—169 ersetzt. Die §§ 13—18 des Ges. vom 21. Juni 1869 sind deshalb durch § 3 Nr. 2 E.G. z. K.O. für das Konkursverfahren ausdrücklich aufgehoben. Für das K.Verfahren gelten daher hinsichtlich des Verhältnisses der ordentlichen Gerichte zu einander die Vorschriften des G.V. §§ 157—169. Sie bestimmen:

„§ 157. Die Gerichte haben sich in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen Rechtshülfe zu leisten.

§ 158. Das Ersuchen um Rechtshülfe ist an das Amtsgericht zu richten, in dessen Bezirke die Amtsverhandlungen vorgenommen werden soll.

§ 159. Das Ersuchen darf nicht abgelehnt werden.

Das Ersuchen eines im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts ist jedoch abzulehnen, wenn dem ersuchten Gericht die örtliche Zuständigkeit mangelt, oder die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten ist.

§ 160. Wird das Ersuchen abgelehnt, oder wird der Vorschrift des § 159 Abs. 2 zuwider dem Ersuchen stattgegeben, so entscheidet das Oberlandesgericht, zu dessen Bezirke das ersuchte Gericht gehört. Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nur statt, wenn dieselbe die Rechtshülfe für unzulässig erklärt, und das ersuchende und das ersuchte Gericht den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte angehören. Ueber die Beschwerde entscheidet das Reichsgericht.

Die Entscheidungen erfolgen auf Antrag der Betheiligten oder des ersuchenden Gerichts ohne vorgängige mündliche Verhandlung.

§ 161. Die Herbeiführung der zum Zwecke von Vollstreckungen, Ladungen und Zustellungen erforderlichen Handlungen erfolgt nach Vorschrift der Prozeßordnungen ohne Rücksicht darauf, ob die Handlungen in dem Bundesstaate, welchem das Prozeßgericht angehört, oder in einem andern Bundesstaate vorzunehmen sind.

§ 162. Gerichte, Staatsanwaltschaften und Gerichtsschreiber können wegen Ertheilung eines Auftrags an einen Gerichtsvollzieher die Mitwirkung des Gerichtsschreibers des Amtsgerichts in Anspruch

nehmen, in dessen Bezirke der Auftrag ausgeführt werden soll. Der von dem Gerichtsschreiber beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als unmittelbar beauftragt.

§ 163. Eine Freiheitsstrafe, welche die Dauer von sechs Wochen nicht übersteigt, ist in demjenigen Bundesstaate zu vollstrecken, in welchem der Verurtheilte sich befindet."

(§ 164 enthält die Vorschrift, daß die Staatsanwaltschaft des Landgerichts um Vollstreckung von Freiheitsstrafen und Ergreifung Verurtheilter zu ersuchen ist; § 165 betrifft die Erstattung baarer Auslagen einer Ablieferung oder Strafvollstreckung, die Nichterstattung anderer Kosten seitens der ersuchenden Behörde, und die Einziehung der Kosten von einer zahlungspflichtigen Partei; § 166 die Gebühren für Zeugen und Sachverständige; § 168 die Verfolgung Flüchtiger in anderen Bundesstaaten.) „§ 167. Ein Gericht darf Amtshandlungen außerhalb seines Bezirks ohne Zustimmung des Amtsgerichts des Orts nur vornehmen, wenn Gefahr im Verzuge obwaltet. In diesem Falle ist dem Amtsgerichte des Orts Anzeige zu machen.

§ 169. Die in einem Bundesstaate bestehenden Vorschriften über die Mittheilung von Akten einer öffentlichen Behörde an ein Gericht dieses Bundesstaats kommen auch dann zur Anwendung, wenn das ersuchende Gericht einem andern Bundesstaate angehört."

Diese Bestimmungen sind für das K.Verfahren insbesondere dann anwendbar, wenn es sich um Ermittelungen und Vernehmungen in einem andern Gerichtsbezirke handelt. § 67. Die Vorschriften des G.V. §§ 157—169 finden indeß nur dann Anwendung, wenn es sich um Akte handelt, welche die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit im Sinne des § 2 E.G. z. G.V. betreffen: Strafsachen und bürgerliche Rechtsstreitigkeiten einschließlich des K.Verfahrens, die vor die ordentlichen Gerichte (Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte, oberste Landesgerichte, Reichsgericht) gehören, G.V. § 12. Dagegen ist das Ges. vom 21. Juni 1869 noch jetzt anwendbar für die, von den Reichsjustizgesetzen nicht betroffenen, Angelegenheiten der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit und für die Rechtshülfe, welche von andern als den ordentlichen, also von den reichsgesetzlich bestellten oder zugelassenen besonderen Gerichten (G.V. §§ 13, 14) gefordert wird oder zu leisten ist. Mot. zu G.V. S. 188—190, Mot. zu K.O. S. 465, 466. Vgl. Anm. zu E.G. § 3 Nr. 2.

Sofern Betheiligte (Verwalter, Gläubiger oder Dritte) die Bethätigung eines andern Gerichts in Anspruch nehmen können und wollen, haben sie sich selbständig an dasselbe zu wenden.

Für das Verhältniß zum Auslande, d. h. zu Staaten, welche nicht zum deutschen Reiche gehören, kommen zunächst die vom Reiche oder von einzelnen Bundesstaaten geschlossenen Verträge zur Anwendung; sie sind

durch die Reichsjustizgesetzgebung nicht berührt. Mot. 463; Mot. z. C.P. 403; Mot. z. G.V. 214; Mot. z. St.P. 256. Vgl. Uebereinkommen zw. Preußen u. Oesterreich Anm. 1 zu § 207. (Mit England, Frankreich, Rußland, Italien u. s. w. sind von Preußen keine Verträge hinsichtlich der Konkursbehandlung geschlossen.) Im Uebrigen werden in der K.O. im Prinzipe Ausländer und Inländer als gleichberechtigt und gleichverpflichtet anerkannt. Wie die Reichsgesetzgebung überhaupt und so auch für die Vorschriften der K.O. ihre Beobachtung von Allen erwartet, welche der Justizgewalt innerhalb des Reichs unterworfen sind, so erkennt sie auch die gleiche Berechtigung des Auslandes für die in demselben schwebenden Konkurse an. Für das Verhältniß eines im Auslande schwebenden Konkurses zu dem im Inlande befindlichen Vermögen erklären die Mot. als „Zielpunkt der allerdings noch in der Bildung begriffenen" Entwickelung des internationalen Rechts den Grundsatz des Rechtshülfegesetzes vom 21. Juni 1869 §§ 13—18, B.G.Bl. S. 308: daß das in einem Staate eröffnete Konkursverfahren seine Wirkung auch auf das in einem andern Staate befindliche Vermögen des Gemeinschuldners äußert. Wird im Auslande über einen Ausländer das Konkursverfahren eingeleitet, so bestimmen sich nach dem Rechte des ausländischen Konkursgerichts die Handlungs-, Verwaltungs- und Prozeßvertretungs-Fähigkeit des Gemeinschuldners, wie des Konkursverwalters, der Einfluß der Konkurseröffnung auf die Rechtsverhältnisse, die Voraussetzungen und Formen der Konkurseröffnung, der Konkursbeendigung einschl. des Akkords und der Geltendmachung der Gläubigerrechte, — mit Ausnahme der sich nach dem Rechte des Ortes der belegenen Sache richtenden Verfolgung dinglicher Rechte an Vermögensobjekten, welche sich im Inlande befinden. Inländische Gläubiger persönlicher Forderungen müssen ihre Ansprüche beim ausländischen Konkurs geltend machen; inländisches Vermögen ist zur ausländischen Universal-Konkursmasse auszuantworten. In gleicher Weise wird nach einem solchen internationalen Rechte das Verhältniß ausländischer Gläubiger und ausländischen Vermögens zum inländischen Konkurse stehen. Vgl. Anm. zu § 49. Der Umstand, daß ein solches internationales Recht nicht von allen Staaten anerkannt und geübt wird, veranlaßt jedoch die Modifikation dieser Grundsätze (abgesehen von Staatsverträgen) durch das als politisches Mittel geltend zu machende Wiedervergeltungsrecht. Vgl. Entsch. 9, 477; 47, 396; Strieth. 26, 131; R.O.H. 2, 67; 3, 65; 7, 24; 9, 7; 13, 100.

Die K.O. geht in den §§ 4, 42, 49 von diesem Standpunkte und der darin enthaltenen Anerkennung ausländischer Konkurs- und Gläubigerrechte aus. Sie hat indeß zum Schutze der gleichen Rücksicht für inländische Konkurse und Gläubiger in den §§ 4, 42, 49, 207, 208 einzelne besondere Bestimmungen getroffen. Mot. 456, 457.

Hinsichtlich des Ersuchens um Rechtshandlungen im Auslande finden die Vorschriften der C.P. §§ 182 ff., 185, 328 ff., 698, 700 gemäß K.O. § 65 entsprechende Anwendung. Vgl. Rönne, Ergänz. z. A.G.O. Bd. 3 S. 206 ff.

§ 5.

Zur Auslegung.

1. Im Verhältnisse zu den übrigen gleichzeitig berathenen und in Gesetzeskraft tretenden Reichsjustizgesetzen (C.P., St.P. und G.V.) ist die K.O. während der legislativen Stadien am ruhigsten berathen, am wenigsten angefochten und auch im geringsten Maaße überhaupt besprochen. Zu einem großen Theile verdankt sie dies Schicksal allerdings dem Umstande, daß sie weder (wie die St.P. und das G.V.) dem Gebiete politischer Differenzen zugänglich ist, noch (wie die C.P. durch ihr Prinzip der mündlichen Verhandlung) den Bedenken der Praktiker mit einem ungewohnten neuen Systeme entgegentritt. Zum Theil wird die Ursache darin liegen, daß das Rechtsgebiet der K.O. nicht ein derartig allgemein ergreifendes und allgemein interessirendes ist, wie der Geltungsbereich und die Materien der übrigen Reichsjustizgesetze. Weit über die ihr bisher zugewendete Theilnahme hinaus verdient indeß die K.O. als Gesetzgebungswerk zumal in Betreff des materiellen Konkursrechts entschiedene Anerkennung. Ungeachtet vielfacher Differenzen, welche sich über Einzelheiten und über Folgerungen aus den Grundsätzen ergeben werden, muß man das Werk im Wesentlichen als auf konsequent durchgeführten Grundsätzen harmonisch zusammengefügt, in der Anordnung des Stoffes übersichtlich, in der Sprache größtentheils bestimmt, genau und übereinstimmend anerkennen. Dieser allgemeinen Anerkennung gegenüber muß jedoch zugleich eine Eigenthümlichkeit der K.O. hervorgehoben werden, welche das Verständniß derselben nicht erleichtert, und voraussichtlich vielfache Zweifel veranlassen wird. Die Ausdrucksweise für die gesetzgeberischen Gedanken ist in einem seltenen Maaße knapp; sie läßt nur bei der sorgfältigsten Vergleichung der einzelnen Bestimmungen und bei eingehender Würdigung jedes Wortes die Tragweite dessen erkennen, was in den Sätzen wirklich ausgesprochen ist, — ganz abgesehen zunächst von der Frage, was nach der Absicht der Konzipienten ausgesprochen werden sollte. Dies ist um so bedeutsamer, als unzweifelhaft jedes Gesetzgebungswerk nur den Anspruch erheben kann, blos soweit zu gelten, wie es sich ausdrückt und die richtigste Interpretationsquelle in sich selbst finden muß. Die Grundlage der Auslegung der K.O. aus sich selbst ist um so sorgsamer inne zu halten, als die gedrängte Ausdrucksweise eine absichtliche ist. Mit wie großer Sorgfalt das Verhältniß der einzelnen Bestimmungen zu einander, die Anordnung des Stoffes und jeder einzelne Ausdruck

des Gesetzes abgewogen ist, zeigen die vortrefflichen Vorarbeiten: die Motive der „Gemeinschuldordnung" und der K.O., sowie die Protokolle der Reichstagskommission (R.K.). Demnach ist für die Interpretation durchgehends davon auszugehen, daß Ausdrucksweise, Wortfassung, Folgeordnung und Stellung im Systeme nirgends bedeutungslos sind. Die Gewinnung des Verständnisses der K.O. aus ihr selbst ist um so wichtiger, als sie nicht für ein einheitliches System des bürgerlichen Rechts gegeben ist, sondern alle im deutschen Reiche geltenden Rechtssysteme als neben ihr bestehend für die materiellen Rechte voraussetzt. Die Ausdrucksweise ist daher nicht aus einem einzelnen Rechtssysteme zu interpretiren. Zugleich ist die K.O. zwar in bewußtem geschichtlichen Anschlusse an die im deutschen Reiche bisher geltenden Vorschriften der gemeinrechtlichen, preußischen und französischen Konkursgesetzgebungen und an die deutschen Verkehrsverhältnisse konstruirt. Sie enthält aber viele reiflich überlegte, in sich konsequent ausgeführte und nur aus ihrer Konsequenz selbst zu erklärende Abweichungen von den bisherigen Gesetzgebungen, und zwar meistens auf einer gedanklich größeren Folgerichtigkeit der Grundlagen der früheren Vorschriften aufgebaut, so daß es mißlich würde, die Aufklärung über Sinn und Absicht des Gesetzes in einem einzelnen der bisherigen Konkurssysteme und überhaupt anders als im Werke selbst zu suchen, soweit dasselbe sie bietet.

2. Nächst der K.O. selbst sind zu ihrer Auslegung die gleichzeitigen Reichsjustizgesetze: C.P., St.P. und G.V. von entscheidender Bedeutung. Der Entwurf der K.O. und schon der Entwurf der Gemeinschuldordnung sind, wie aus Form und Inhalt hervorgeht, und in den Motiven ausdrücklich bestätigt wird, mit steter Bezugnahme insbesondere auf die C.P. und deren Entwürfe ausgearbeitet; für das Verfahren findet die C.P. entsprechende Anwendung und sind deren Bestimmungen in Bezug genommen und vorausgesetzt. Die C.P. bildet dadurch, selbst abgesehen von ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit auf die durch den Konkurs veranlaßten Spezialprozesse, eine nothwendige Ergänzung der K.O. und ist hinsichtlich der Vorschriften, welche für das Verfahren im Konkurse die C.P. theils anwenden, theils modifiziren, wesentlich aus dieser zu erläutern. Allen Reichsjustizgesetzen ist dieselbe bestimmte Terminologie gemeinsam und sie wird dadurch von besonderer Wichtigkeit. Die Reichstagsjustiz-Kommission, welche die endgültige Redaktion der C.P., St.P. und des G.V. bewirkte, hat nicht nur bei den Aenderungen der C.P. die technische Ausdrucksweise derselben beibehalten, sondern auch für die St.P. und das G.V., deren Entwürfe sich ebenfalls schon derselben Terminologie anschlossen, sorgfältig die gleiche Sprache aufgenommen. Der Entwurf der K.O. hatte bereits die technische Sprache der C.P. angenommen und ist in dieser Beziehung unverändert geblieben. Die technischen Ausdrücke

sind überall in ihrem bestimmten gleichen Sinne gebraucht und haben ihre festumgrenzte Bedeutung. Das Maaß von Bestimmtheit für die einzelnen Vorschriften ist mit Bewußtsein abgemessen. Die Ausdrücke für das diskretionäre Ermessen des Gerichts: „das Gericht kann . . . .", für eine nur im Falle eines Parteiantrages dem Gerichte beigelegte Befugniß: „das Gericht kann auf Antrag . . . .", für eine dem Gerichte oder einer Partei auferlegte Verpflichtung: „das Gericht hat anzuordnen; der Verwalter hat anzugeben; es ist zuzulassen, zu verwerfen u. s. w." Ausdrücke, welche an sich verständlich sind, bleiben stets zu beachten, ebenso der Ausdruck: der Antrag muß enthalten (§ 161), welcher übereinstimmend mit der Sprache der C.P. charakteristisch die wesentlichen Bestandtheile einführt, deren Mangel eine Nichtbeachtung des Antrags zur Folge haben soll. Vgl. Mot. z. C.P. S. 22.

3. Das ungleich wichtigste Hülfsmittel zur Erläuterung ist die „Begründung des Entwurfs einer K.O.", welche mit dem Bundesrathsentwurfe der K.O. dem Reichstage im Jahre 1875 vorgelegt worden ist. Der Kürze halber ist diese Begründung im Kommentar stets mit dem Ausdrucke: „Mot." bezeichnet. Im Ganzen decken sich die Mot. mit dem Inhalte des Gesetzes selbst und sind auch bei den Berathungen der Reichstags-Kommission von den Vertretern des Bundesraths in gleicher Weise wiedergegeben. Sie geben eine bedeutsame Erläuterung des Gesetzes, welche durch den Zusammenhang und die Wechselbeziehung der einzelnen Bestimmungen bestätigt wird. Diese Erläuterung ist gerade für die K.O. um so fruchtbarer, als die Mot. an sich von hervorragender wissenschaftlicher Bedeutung in der reichhaltigsten Weise jeden Ausdruck und die Bedeutung der Beziehungen begleitend, die gedrängte Sprache des Gesetzes wirksam beleuchten. Je mehr aber der knappe Ausdruck des Gesetzes die Ausbeute der reichen Mot. wünschenswerth und verführerisch macht, um so mehr erheischt die Benutzung derselben die größte Vorsicht und eine stetig begleitende Kritik. Bei der Vorlegung der Entwürfe zur C.P., zur St.P. und zum G.V. mit den ihnen beigegebenen Mot. hatte der Justizminister Dr. Leonhardt bemerkt: die Motive seien nicht vom Bundesrathe in allen einzelnen Beziehungen genehmigt. Auch die Mot. zur K.O. sind unzweifelhaft weder ein Theil des Gesetzes, noch eine unbedingt authentische Deklaration für jede einzelne Bestimmung. Unbedingt kann nicht etwas als Gesetz interpretirt werden, was in den Mot. als beabsichtigt angegeben ist, im Gesetze jedoch keinen Ausdruck gefunden hat. Insoweit ist die Kritik nicht nur erlaubt, sondern auch geboten. Unläugbar ist nun Manches von dem, was in den Mot. als Inhalt des Gesetzes bezeichnet oder vorausgesetzt ist, in der That im Gesetze selbst weder im Wortausdrucke, noch im geistigen Zusammenhange, soweit er im Gesetze ausgesprochen ist, enthalten (vgl. Anm. 1 [Schluß] zu § 6, Anm. 1, 3

zu § 51, Anm. zu § 75, Anm. 1 zu § 79, Anm. 2 zu § 153). In anderen Fällen ist der von den Mot. ausgesprochene Inhalt nur dann im Gesetze zu finden, wenn man der Sprache oder der sonst gemeingültigen rechtlichen Bedeutung der Begriffe Gewalt anthun will (Anm. zu § 202). Wieder in anderen Fällen sind der Inhalt der Motive und namentlich die darin gezogenen Folgerungen nur dann und nur soweit als Ausdruck und Erläuterung des Gesetzes aufzufassen, als die wissenschaftlichen Erörterungen der Mot. über das vorausgesetzte bürgerliche Recht als richtig zugegeben werden (Anm. 5 zu § 47, Anm. 1 Schluß zu § 60). Zu unterscheiden bleiben auch die Ausführungen der Mot. über dasjenige, was de lege ferenda als wünschenswerthe oder abzulehnende allgemeine Vorschrift aufgestellt ist, von demjenigen, was in den Mot. als wirklicher Inhalt des Gesetzes proklamirt ist. Die natürliche Neigung, Vorschriften, welche als wünschenswerth erkannt werden, auch im Gesetze zu finden, und die sachlich noch mehr begründete Voraussetzung, daß das Gesetz keine Lücken enthalte, werden die Praxis in mancher Beziehung dazu führen, die Lösungen der Mot. auch im Gesetze ausgedrückt zu finden. In Verbindung mit der an sich knappen Sprache des Gesetzes und mit der Verschiedenheit der bürgerlichen Rechtssysteme, welche bei der Anwendung der K.O. ergänzend einwirken, ist jedoch die Gefahr um so größer, daß den Vorschriften der K.O. eine verschiedene Anwendbarkeit auch da eingeräumt wird, wo eine Verschiedenartigkeit nicht beabsichtigt ist, zumal es die natürliche Folge der Kürze des Ausdrucks einerseits und der verschiedenen Rechtssysteme und wissenschaftlichen Ansichten andererseits ist, daß je Andere wieder andere Lücken und Inkongruenzen finden. Unter allen Umständen ist zu betonen, daß die Motive nicht Gesetz sind und daß es der freien wissenschaftlichen Erörterung überlassen bleiben muß, die in der K.O. nach Geist und Wort wirklich ausgedrückte Tragweite der Vorschriften festzustellen.

Für die Benutzung der Mot. ist zu beachten, daß die Zahl und Folge der Paragraphen der K.O. und des Entw. zur K.O. (bis auf eine Umstellung der §§ 123—125) identisch geblieben sind, daß jedoch die in Bezug genommenen Paragraphen der C.P. in den Mot. nach dem Bundesrathsentwurfe der C.P. von 1874 zitirt sind.

Auch die „Motive zu dem Entw. einer deutschen Gemeinschuldordnung“ von 1873 (als Mot. von 1873 im Werke bezeichnet) sind von Wichtigkeit. Sie sind zwar, soweit die Vorschriften der Gemeinschuldordnung im Entw. der K.O. sachlich aufrecht enthalten sind, wörtlich in den Inhalt der „Begründung“ aufgenommen (welche bei diesen Theilen theilweise noch eine ausführlichere Motivirung erhalten hat). Die Mot. von 1873 sind jedoch in Vergleichung mit den Mot. der „Begründung“ namentlich zur Feststellung der Tragweite und Bedeutung der Ab-

weichungen des Bundesrathsentwurfs — welcher in diesem Werke als Entw. oder E. angezogen ist — von dem Entw. von 1873 (E. I.) lehrreich.

4. Ein ferneres wesentliches Hülfsmittel zur Erläuterung bilden die gedruckten Protokolle (Prot.) der Reichstagskommission (R.K.) von 1875 und 1876, sowohl durch die darin enthaltenen Erklärungen der Vertreter des Bundesraths, als auch durch die Erörterung der Gründe, aus welchen einzelne Grundsätze oder Bestimmungen beibehalten bez. abgeändert sind, sowie der Tragweite der Vorschriften. Freilich ist nicht jeder Aeußerung eines Kommissionsmitgliedes eine maßgebende Auslegungsbedeutung zuzuschreiben, auch wenn derselbe für einen angenommenen oder gegen einen abgelehnten Vorschlag sich erklärt hat. Ebenso hat nicht jede doktrinäre Ansicht eines Bundesrathsvertreters als solche Gesetzeskraft. Indeß verdient es für die Berathung der K.O. in der R.K. besondere Beachtung, daß die Vertretung des Bundesraths dem Geh. Ober-Justizrath Hertz und dem Geh. Ober-Regier.-Rath Hagens oblag, welche an sämmtlichen Sitzungen der R.K. ausnahmslos Theil nahmen, und daß zugleich der Erstere (Hertz) als Mitglied der Vork. einen hervorragenden Antheil an der Feststellung des Entwurfs der K.O. hatte, und Hagens durch seine fortgesetzte eminente Betheiligung in sämmtlichen Stadien der Vorbereitung: bei den Entwürfen der Gemeinschuldordnung und der K.O., den Motiven zu beiden, sowie als Schriftführer der Vork. am innigsten mit dem ganzen Werke, Zusammenhang, Zweck und Gründen der Vorschriften vertraut war. Ebenso hatte der bayr. Appellationsgerichtsrath Dr. Hauser, welcher als Bundesrathsvertreter in allen Sitzungen mit Ausnahme der fünf ersten Theil nahm, der Entstehung des Werkes nahe gestanden. In den Berathungen der R.K. kamen die wesentlichsten Bestimmungen der K.O. unter lebhafter Betheiligung der Kommissionsmitglieder zur eingehenden Erörterung. Die Protokolle geben daher im Ganzen ein sicheres Bild, in welcher Bedeutung die Vorschriften von denjenigen verstanden sind, welche am unmittelbarsten für die endgültige Feststellung der gesetzgeberischen Gedanken wirksam waren.

In einzelnen Fällen hat die R.K. ausdrücklich zu Protokoll konstatirt, welche Bedeutung sie theils ihren Beschlüssen, theils dem Inhalte der Vorschriften, beigemessen hat. Diese Konstatirungen haben dadurch zwar selbstverständlich keine legislative Kraft, soweit ihnen im Gesetze selbst nicht ein entsprechender Ausdruck gegeben wäre. Man kann auch nicht mit v. Sarwey Einl. S. XXXIX. „davon ausgehen, daß dieselben von dem Reichstage und den verbündeten Regierungen durch die Annahme der Gesetze in der von den Kommissionen beschlossenen Gestalt gebilligt worden sind.“ Eine autoritative Kraft und eine Erklärung der gesetzgebenden Gewalt als solcher behalten immer nur die Gesetze selbst als der

allein von derselben beschlossene legislatorische Willensausdruck. Die Konstatirungen sind jedoch zur Erläuterung des Verständnisses in der vorbemerkten Bedeutung besonders zu beachten. (Derartige Konstatirungen sind erfolgt zu den §§ 20, 35, 47, 62, 117, 118, 120, 124, 159. Prot. S. 202, 172, 58, 87, 88, 108, 109.)

5. Eine weitere Beachtung verdienen die bisherigen Konkursgesetzgebungen, in deren Stelle die K.O. anwendbar werden soll, und deren Vorschriften auch da, wo sie nicht aufrecht erhalten bleiben, zum Verständniß durch Vergleichung beitragen. Eine eingehende sorgfältige Uebersicht der, in den verschiedenen Gebieten des deutschen Reichs geltenden, Konkursvorschriften ist als Anlage I.: „Darstellung der Quellen des in Deutschland geltenden Konkursrechts" sowohl den Motiven der Gemeinschuldordnung als auch der „Begründung" der K.O. beigegeben.

Vorwiegend sind unter den bisher geltenden Konkursvorschriften die französische Konkursgesetzgebung und noch mehr die, im Anschlusse an die letztere erlassene preußische K.O. vom 8. Mai 1855 erheblich. Wie die Mot. wiederholt hervorheben und wie auch der gesammte Inhalt der K.O. und ihrer Mot. bestätigt, hat sich das Gesetzgebungswerk besonders an die preuß. K.O. angeschlossen. In den Mot. sind durchweg die Abweichungen von der preuß. K.O. (welche in diesem Werke der Kürze halber mit P. bezeichnet ist) und selbst Abweichungen der Wortfassung eingehend besprochen. Es werden daher auch die mit Rücksicht auf die preuß. K.O. erlassenen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (nach den „von den Räthen des Gerichtshofs" herausgegebenen Entsch. kurz mit R.O.H. in diesem Werke zitirt), sowie des preußischen Obertribunals (wovon das amtliche Werk mit Entsch. und Striethorst's Archiv mit Strieth. bezeichnet sind) von erheblicher Bedeutung.

6. Die Verhandlungen der Vork. von 1874, welche das Mittelglied zwischen dem Entwurfe der Gemeinschuldordnung von 1873 und dem Bundesrathsentwurfe von 1875 bilden, sind nicht besonders gedruckt. Sie ergeben sich jedoch im Wesentlichen aus der Vergleichung der Mot. der G.Schuldordnung von 1873 (E. I.) und der Mot. des Bundesrathsentwurfs (E.), unter Berücksichtigung der vom Bundesrathe vorgenommenen Aenderungen, von welchen die „wichtigsten" in den Mot. S. 4 bezeichnet sind (vgl. Einl. § 2) und auch die sonstigen dort nicht angegebenen Aenderungen in die Bestimmungen des Kommissionsentwurfs „nirgends tiefer eingreifen." Mot. 4.

§ 6.

Litteratur.

Abgesehen von der Litteratur über den früheren gemeinrechtlichen Konkurs (Dabelow, Schweppe, Kori, Bayer, Schmid, Günther, Fuchs) sind mit Rücksicht auf die als Grundlage unserer K.O. wichtige preuß. K.O. von 1855 für dieselbe zu berücksichtigen:

Makower, Studien zur Konkursordnung, Berlin 1861;
Goltdammer, Kommentar 2. Aufl., Berlin 1858;
Wentzel u. Klose, Preuß. Konk.-O., Berlin 1855;
C. Hahn, Preuß. Konk.-O., Berlin 1862 und
C. F. Koch, Kommentar 2. Aufl., Berlin 1867.

Unmittelbar betreffen unsere Konk.-Ordn.:

I. Die Besprechungen des Entwurfs der Gemeinschuldordnung von 1873 (E. I) bez. des Entw. d. K.O. von

1) Eccius in Behrend Zeitschr. f. d. deutsche Gesetzgeb. Bd. 8 S. 22. ff.;
2) v. Kräwell daselbst S. 123 ff. u. im civil. Arch. Bd. 59 S. 54;
3) v. Streich in d. württemberg. Gerichtsbl. Bd. II S. 35 ff., 101 ff., 163 ff.;
4) v. Sarwey: d. Konkurs nach d. Entw. einer K.O. 1876.
5) v. Sarwey in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 23 S. 373;

II. Die Kommentare „Konk.-O. für d. deutsche Reich" von:

1) von Sarwey Berlin 1879;
2) Hullmann, Nördlingen 1879;
3) Petersen, Lahr 1878;
4) Wengler, Leipzig 1879;
5) Freih. von Völderndorff, Erlangen 1879;
6) Stieglitz, Tübingen 1879.

III. Systematische Abhandlungen:

1) C. Fuchs: Der deutsche Konkursprozeß, Leipzig 1877;
2) G. Mandry: Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Tübingen 1878;
3) A. S. Schultze: Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, Berlin 1880;
4) Dernburg: Preuß. Privatrecht 2c. 2. Aufl. Bd. 2. Halle 1880.

IV. Vgl. ferner:

1) v. Wilmowski, Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur Reichs-Konkursordnung, Berlin 1880;
2) v. Wilmowski, Das Konkursverfahren an einem Rechtsfalle dargestellt, vierter ergänzter Abdruck, Berlin 1880.

Konkursordnung vom 10. Februar 1877.

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser,
König von Preußen rc.
verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Erstes Buch.
Konkursrecht.

---

1) Von der K.O. wird lediglich der durch eine förmliche Konkurseröffnung festgestellte, bez. festzustellende Konkurszustand eines Schuldners, welcher seine Schuldverbindlichkeit gegen seine Gläubiger nicht erfüllen kann, behandelt, — formeller Konkurs. Ausgeschieden bleiben daher die Rechtsverhältnisse und das Verfahren hinsichtlich eines thatsächlich insolventen Schuldners, dessen Konkurszustand indeß als solcher nicht durch Konkurseröffnung erklärt wird, — s. g. materieller Konkurs. — Das erste Buch der K.O. (§§ 1—63) behandelt das materielle „Konkursrecht"; das zweite Buch (§§ 64—208) das „Konkursverfahren"; das dritte Buch (§§ 209—214) fügt „Strafbestimmungen" hinzu. Die Sonderung des Inhalts der beiden Hauptheile: des Konkurs*rechts* und des Konkurs*verfahrens* ist indeß keine unbedingte.

Begrifflich umfaßt das materielle Recht (Recht in objektiver Bedeutung) die Grundsätze über Entstehung, Aufhebung, Veränderung und Inhalt der subjektiven Rechte, und im Gegensatze hierzu das Verfahren die Grundsätze über die Formen, in welchen das subjektive Recht zur Geltung zu bringen ist. In Betreff des Konkurszustandes eines Schuldners, welcher seine Schuldverbindlichkeiten gegen seine Gläubiger nicht erfüllen kann, enthält das materielle Konkursrecht also die Bedingungen, unter welchen die Betheiligten die Feststellung sowie die Aufhebung des Konkurszustandes zu verlangen berechtigt sind, sowie die rechtlichen Folgen, welche der Konkurszustand für die Rechtsverhältnisse des Konkursschuldners und seines Vermögens zu seinen Gläubigern, seinen Schuldnern und zu Dritten wirkt. Das unter gerichtsseitige Beaufsichtigung, Leitung und Entscheidung gestellte Konkursverfahren ist die Regelung und Entwickelung der Bethätigungen, welche seitens der Betheiligten nöthig oder möglich sind, um denjenigen, welche auf das Konkursvermögen Ansprüche haben oder erheben, gerecht zu werden. Das Konkursrecht bestimmt, wieweit der Gemeinschuldner und sein Vermögen durch den Konkurs ergriffen werden, und welche Gläubiger zur Betheiligung am Konkursvermögen berechtigt sind, bez. welche Gläubiger oder Dritte durch den Konkurs in ihren Rechten nicht berührt werden. Das Konkursverfahren ist die Auseinandersetzung der demgemäß berechtigten Konkursgläubiger unter sich und mit dem Gemeinschuldner, um die Verwirk-

lichung der Ansprüche herbeizuführen, und umfaßt die Maaßregeln der Betheiligten und die gerichtlichen Feststellungen, welche hierzu nöthig bez. zulässig sind.

I. Die Scheidung des Konkurs-Rechts bez. Verfahrens vom anderweiten materiellen Rechte bez. vom Verfahren außerhalb des K.Verfahrens hat eine besondere praktische Bedeutung dadurch, daß nach § 4 E.G. die Landesgesetzgebungen über Konkursrecht und Konkursverfahren aufgehoben sind, soweit sie nicht in der K.O. besonders aufrecht erhalten bleiben (vgl. Einl. § 4), wogegen das bürgerliche Recht außerhalb des K.Rechts und jedes Verfahren außerhalb des K.Verfahrens von der K.O. überhaupt nicht berührt werden. Die in dieser Beziehung wichtigen Grenzen zwischen dem Konkursrechte und dem sonstigen materiellen Rechte ergeben sich aus der vorbemerkten begrifflichen Unterscheidung. Das materielle Konkursrecht umfaßt zunächst die Voraussetzungen des Konkurses und der Konkursaufhebung, den Umfang und Inhalt des Konkursanspruchs und die Wirkungen des Konkursanspruches bez. des Konkurszustandes auf die materiellen Rechtsverhältnisse der Einzelnen. Zu diesem unmittelbar civilrechtlichen (d. h. nicht durch das K.Verfahren vermittelt hergestellten, sondern durch das Verfahren zur praktischen Geltung zu bringenden) materiellen Rechtsgebiete gehören die Vorschriften über den Umfang der Konkursmasse, über die Betheiligung bez. Nichtbetheiligung von Gläubigern, Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten (§§ 35—45), über die Modifikationen bestehender Rechtsverhältnisse durch den Konkursanspruch, insbesondere bezüglich der Erfüllung (§§ 15—21, 56—63), der Anfechtbarkeit (§§ 22—34), der Kompensation (§§ 46—49), der Rangordnung (§§ 54, 55). Vorbedingung auch für diesen Theil des materiellen Konkursrechts, wie für die Anwendbarkeit der K.O. überhaupt ist die Konkurseröffnung; indeß betont Schultze: das deutsche Konkursrecht in seinen jurist. Grundlagen in seiner beherzigenswerthen Auseinandersetzung über die Stellung des Konkurses im Rechtssysteme S. 138, 139 mit Recht, daß die K.Eröffnung für dieses Rechtsgebiet nicht der bestimmende Grund ist, der Grund vielmehr im Konkursanspruche beruht, welcher durch die K.Eröffnung nur als bestehend festgestellt wird; und daß somit diese Rechtserscheinungen nicht als Wirkungen der K.Eröffnung zu bezeichnen sind.

Außerdem wird als Wirkung des K.Verfahrens (durch dasselbe vermittelt) materielles Konkursrecht theils als die vom Verfahren berührten Rechtsverhältnisse modifizirend begründet, theils durch das Verfahren neu geschaffen. Dahin gehören das Vertretungs-, Verwaltungs- und Verfügungs-Recht des Konkursverwalters (§§ 5 Abs. 2, 29) und die Einwirkung seines Verhältnisses auf die Theilungs- und die Schuldenmasse, die Wirkungen der Anmeldung, der Feststellung (des Konkursanspruchs bez. der Konkursforderungen), der Vertheilungen, des Zwangsvergleichs, der sonstigen Konkursaufhebung, und zwar diese Wirkungen hinsichtlich der Rechte und Pflichten des G.Schuldners und der verschiedenen Kategorien von Gläubigern bez. des Konkursverwalters sowohl in Betreff ihrer Betheiligung an der Masse bez. während des Konkurses, als auch für die Zeit nach einem K.Verfahren. Vgl. Schultze a. a. O. S. 139, 140.

In den Mot. wird das „Konkursrecht" mit Bezug auf E.G. § 4 dahin charakterisirt: „Der Ausdruck begreift die Bestimmungen in sich über die rechtlichen Voraussetzungen für eine K.Eröffnung und die Wirkungen der letzteren im Verhältnisse zu dem G.Schuldner, den einzelnen Gläubigern, den Schuldnern des Kridars und zu dritten Personen; andererseits umfaßt er nur die Wirkung des K.Verfahrens auf die von diesem unmittelbar betroffenen Rechtsverhältnisse, nicht aber die Einwirkung auf die Rechtsverhältnisse, soweit diese oder die Wirkung außerhalb des Bereiches eines K.Verfahrens bleiben, also nicht z. B. die Rechte eines Absonderungsberechtigten zu einem dritten Erwerber der Sache, die Rangverhältnisse verschiedener Absonderungsgläubiger, die Einwirkung des Konkurses des Hauptschuldners auf das Verhältniß des Gläubigers zu einem Bürgen u. s. w." Mot. 468. Insofern hier in den Mot. auch die nicht durch

das K.Verfahren vermittelten, unmittelbaren materiellen Konkursrechtsbestimmungen unter den Wirkungen der K.Eröffnung bez. des K.Verfahrens eingerechnet sind, ist dies nach der obigen Unterscheidung der beiden Gruppen des materiellen Konkursrechts zu modifiziren. Sie gehören zum materiellen Konkursrechte, sind jedoch nicht Wirkungen der K.Eröffnung.

Für die Frage, in wieweit neben dem materiellen Konkursrecht das sonstige materielle Recht, insbesondere das Landescivilrecht anwendbar ist, bleibt der Grundsatz des Art. 2 Reichsverf. maaßgebend, daß, insoweit die K.O. positiv oder negirend, ausdrücklich oder als Folge ihrer Vorschriften Bestimmungen getroffen hat, diese als Reichsrecht der Landesgesetzgebung vorgehen und letztere daran auch später nichts ändern kann. Einl. § 4. Soweit die K.O. materielle Rechtsverhältnisse oder Rechtsbegriffe voraussetzt, ohne sie selbst entweder direkt zu bestimmen oder eine aus der K.O. hervorgehende, für alle Rechtssysteme gemeinsame Bedeutung damit zu verbinden, entscheidet das sonstige Civilrecht (Reichs- event. Landesrecht). Wieweit dies der Fall ist, bleibt bei den einzelnen Fragen näher zu erörtern. — Ueber die Kollision verschiedener örtlicher Rechtssysteme unter sich und mit dem Konkursrechte ist im Allgemeinen zu beachten: Soweit es sich um die Wirkung des Konkurses auf Ansprüche einschließlich der Vindikations- und Absonderungs- (Pfand-) Ansprüche handelt, ist die K.O. durchgreifend, sofern irgendwo im deutschen Reiche der Konkurs eröffnet ist. Dagegen bleibt jedes außerhalb des K.Schuldrechts und K.Verfahrens stehende Recht von den Wirkungen der K.Eröffnung unberührt (Mot. v. 1873 S. 38). Für die Entscheidung der Frage, ob und welche Rechte Jemand vor der K.Eröffnung erworben hat, und ob und wieweit Jemand rechts- und handlungsfähig ist, ist dasjenige bürgerliche Recht anwendbar, welches auch dann zur Anwendung kommen würde, wenn kein K.Verfahren eröffnet wäre. Die Fragen dagegen, in welchem Umfange und in welcher Weise die erworbenen Rechte hinsichtlich der Masse geltend gemacht werden können oder durch die K.Eröffnung beschränkt bez. modifizirt (in Entschädigungsansprüche umgewandelt) werden, welche Gegenstände und Rechte zur K.Masse gehören bez. durch Rechte auf Absonderung genommen werden können, sind nach der K.O., dem Rechte des Konkursgerichts als des Sitzes für das durch die K.Eröffnung unter den Betheiligten eintretende Rechtsverhältniß zu entscheiden (vgl. Entsch. 38, 1 ff., Savigny System Bd. 8 S. 282—285, 294, 27—29); ebenso wie weit der G.Schuldner bez. der K.Verwalter in Folge der K.Eröffnung berechtigt und legitimirt ist. Es ist eine „Frage des persönlichen Rechts", wie weit Jemand durch seinen Konkurs seine Handlungsfähigkeit einbüßt, daher nach dem Recht des durch seinen allgemeinen Gerichtsstand bestimmten Konkursgerichts zu entscheiden; desgleichen werden die Befugnisse des K.Verwalters zur Vertretung des G.Schuldners durch das Gesetz bestimmt, unter dessen Herrschaft er eingesetzt wird und sein Amt führt. R.O.H. 14, 345, vgl. Einl. § 4 betr. das Verhältniß zum Auslande und Mot. 456, 457. Indeß vgl. auch Anm. 2 IV. zu § 1. Für die Absonderungsberechtigung hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens gelten nach § 39 die leges rei sitae. Ob Jemand einen Anspruch auf Absonderung hat, ist „nach den außerhalb des K.Verfahrens geltenden Gesetzen" zu bestimmen, § 35. Soweit jedoch in §§ 36—38 Abweichungen angeordnet sind, findet die K.O. Anwendung.

II. Ueber das K.Verfahren, d. h. die zur Geltendmachung der subjektiven konkreten Rechte im Konkurse dienenden Prozedurakte, Formen und Mittel zur Verwirklichung des Konkursanspruchs, bemerken die Mot.: das gemeine deutsche Recht und die neueren deutschen Prozeßordnungen rechnen den Konkurs zu den Prozeßarten, und behandeln ihn als Theil des Prozeßrechts; insbesondere die preuß. K.O. als Arrestverfahren, welches in einem Zwangsvollstreckungsverfahren ausgehe. Es sei jedoch bedenklich und einseitig, den Charakter des Konkurses auf diese „Analogie" zu beschränken; dies führe zur Gefahr, das Verfahren prozeßmäßig zu gestalten und richterliche Entscheidung zu verlangen,

auch wo Parteien sich nicht gegenüber stehen und ein Rechtsstreit nicht vorliege. Der Konkurs habe andere Voraussetzungen und andere Wirkungen, als eine Zwangsvollstreckung. „Das Konkursrecht hat seinen eigenen Inhalt; es greift ein in alle Rechtsverhältnisse und bedarf einer selbständigen Normirung. Seine Allgemeinheit prägt dem Verfahren, welches den allgemeinen Anspruch aller konkurrirenden Gläubiger verwirklichen soll, seine eigene Gestalt auf. Das Konkursverfahren als solches ist kein Prozeß; es ist eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen Gläubigern desselben. Eine gewisse Aehnlichkeit ist unverkennbar mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma.“ Mot. 9, 10.

Dem gegenüber muß indeß allerdings (abweichend von der, den Mot. folgenden ersten Auflage) mit Schultze a. a. O. S. 140—156 die Stellung des K.Verfahrens im Rechtssysteme dahin bestimmt werden, daß es begrifflich und nach seiner Gestaltung in der K.O. in der That ein wirklicher Civilprozeß ist. Gegenüber dem Verfahren s. g. freiwilliger Gerichtsbarkeit, welches die Feststellung eines gewollten Anspruchs ohne urtheilmäßige richterliche Entscheidung erstrebt, ist als Civilprozeß jedes, auf Anrufen einer Partei stattfindende Verfahren anzusprechen, welches zur urtheilsmäßigen Feststellung eines als bestehend behaupteten Anspruchs oder Rechtsverhältnisses führen soll; ohne daß es hierfür entscheidend ist, ob eine Rechtsverletzung vorliegt (vgl. C.P.O. §§ 231, 89) oder ob ein wirklicher Streit von Parteien zu entscheiden ist (vgl. C.P.O. §§ 296 ff.). So wie das Mahnverfahren und das Versäumnißverfahren ohne Streit und die Feststellungsklagen ohne Rechtsverletzung ein Prozeßverfahren darstellen, so auch das K.Verfahren. Den Charakter der urtheilmäßigen Feststellung (d. h. durch Urtheil oder was einem solchen gesetzlich gleichsteht) haben sowohl die allgemeine Feststellung des Konkursanspruchs, die K.Eröffnung durch richterliche Entscheidung, deren formelle Bezeichnung als Beschluß, § 100, den sachlichen Charakter eines Urtheils nicht beeinträchtigen kann, als auch die Feststellung der K.Forderungen. Auch für die letztere Feststellung ist, wenngleich sie auf Grund des Anerkenntnisses des Verwalters bez. des Schweigens und der Präklusion der Gläubiger erfolgt und ohne Urtheilsform durch Vermerke im Protokolle bez. in der Tabelle konstatirt wird, die Form der Feststellung nicht entscheidend, um den, aus den gesetzlichen Wirkungen (§§ 133, 135, 152, 179) folgenden Charakter einer Urtheilsfeststellung und eines civilprozessualischen Verfahrens zu beseitigen. Auf das K.Verfahren finden deshalb auch die Vorschriften der C.P.O. entsprechende Anwendung, § 65, allerdings nur „entsprechende“; denn es ist immerhin ein außerordentliches Prozeßverfahren, ohne Nothwendigkeit einer mündlichen Verhandlung im Sinne der C.P.O. und unter vielfacher Ersetzung des Verhandlungsprinzips durch Offizialthätigkeit.

Auch soweit die Beschlagnahme, Verwerthung und Vertheilung der K.Masse einen Theil des K.Verfahrens bilden, haben diese Theile den sachlichen Charakter civilprozessualischen Arrestverfahrens und bez. Zwangsvollstreckungsverfahrens, nach ihrem eigentlichen Wesen, Grund, Zweck und Wirkung im Ganzen, wenngleich unter anderen Formen und theilweise auch mit anderen Folgen.

III. Die beiden Hauptheile der K.O. enthalten die Vorschriften über das materielle Konkursrecht und über das K.Verfahren nicht in der vorstehenden begrifflichen Unterscheidung streng gesondert. Die innige Verbindung des materiellen und des formellen Rechts im Konkurse und die gegenseitige Einwirkung des einen auf das andere machen dies unmöglich. Im Großen ist im ersten Buche „Konkursrecht“ (§§ 1—63) das oben als unmittelbares bezeichnete materielle Rechtsgebiet behandelt; im zweiten Buche §§ 64—208) das K.Verfahren und die durch dasselbe vermittelten materiellen Rechtswirkungen. Indeß auch diese Sonderung ist keine strenge und kann es nicht sein; das zweite Buch enthält z. B. die Voraussetzungen der Eröffnung und einer Aussetzung des

Verfahrens, §§ 94 ff., 188; das erste Buch enthält die durchgreifenden und für die gesammte Gestaltung des formalen Verfahrens wesentlich bestimmenden Festsetzungen über die Stellung des K.Verwalters, §§ 5, 29. Die K.Eröffnung ist Voraussetzung für das Konkursrecht, wie auch sogleich im § 1 die Festsetzungen des Buches über Konkursrecht damit beginnen, welches Vermögen vom K.Verfahren umfaßt wird. Das „Konkursrecht" des ersten Buches ist wieder Voraussetzung und Inhalt des „Konkursverfahrens", welches nur in Verbindung mit dem positiv festgesetzten Konkursrechte, so z. B. mit der bestimmten Normirung der Vorrechts- und Absonderungssysteme derartig gestaltet sein kann, wie es die K.O. zeigt, und welches seinerseits wieder materielle Rechte giebt und schafft. Daher ist nicht jede und nicht bloß eine Bestimmung, welche das erste Buch vom „Konkursrechte" enthält, ein Rechtssatz des materiellen Rechts, und nicht jede Vorschrift des zweiten Buches ist lediglich eine Norm des „Verfahrens".

Die Nothwendigkeit einer Unterscheidung, welche Vorschriften dem materiellen und welche dem formalen Rechte angehören, ist zum großen Theile dadurch beseitigt, daß sowohl im K.Verfahren als auch im ordentlichen Prozeßverfahren für die Rechtsbehelfe kein Unterschied zwischen dem einen und anderen Gebiete gemacht ist, sondern die Verletzung jeder gesetzlichen Vorschrift gleichgewichtig ist. In Uebereinstimmung mit § 12 E.G. z. C.P.O. und mit § 7 E.G. z. St.P. bestimmt auch § 2 des E.G. z. K.O.: „Gesetz im Sinne der Konkursordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm". Für die Geltendmachung gesetzlicher Rechte sowohl vor dem Konkursgerichte, als auch in der Beschwerdeinstanz und ebenso in Prozessen außerhalb des K.Verfahrens hat diese Bestimmung die Bedeutung, daß jede mit verbindlicher Kraft bestehende Vorschrift, sie möge dem materiellen oder dem formellen Rechte angehören, reichsgesetzlich oder landesgesetzlich sein (soweit Landesgesetzgebung anwendbar ist), dem geschriebenen oder ungeschriebenen (Gewohnheits-) Rechte ihren Ursprung verdanken, mit derselben Wirksamkeit zu beobachten ist, vgl. C.P.O. § 512 und Mot. z. C.P.O. S. 318 ff., 482, 483. Dessenungeachtet behält die Unterscheidung des materiellen und des formellen Rechts ihre praktische Bedeutung namentlich deshalb, weil das materielle Konkursrecht nicht nur bei der Geltendmachung im Konkursverfahren, sondern auch außerhalb des letzteren in gewöhnlichen Prozessen oder in einem anderweiten Verfahren wirksam ist, die Vorschriften über das K.Verfahren aber weder unmittelbar noch analog außerhalb des K.Verfahrens selbst anwendbar sind. Sofern es in dieser Beziehung zweifelhaft werden könnte, welche Vorschriften materiell-rechtliche sind, würde dies nach dem obenbemerkten begrifflichen Unterschiede zu bestimmen sein; und nicht nach dem äußerlichen Umstande, ob eine Vorschrift im ersten oder zweiten Buche der K.O. steht. Die Anordnung in der K.O. ist im Wesentlichen durch den praktischen Zusammenhang der Fragen mit bestimmt. Das zweite Buch enthält aus diesem Grunde namentlich materiellrechtliche Vorschriften, welche nur oder vorzugsweise im K.Verfahren selbst anwendbar sind, jedoch auch solche, welche die Wirkungen des K.Verfahrens für die Zeit nach dessen Beendigung betreffen.

2) Die K.O. macht keinerlei Unterschied zwischen Konkursen über das Vermögen eines Kaufmanns und anderer Personen. Die sonst häufige Unterscheidung eines besonderen kaufmännischen Konkurses verdankt der geschichtlichen Entwickelung des Fallitenrechts im Mittelalter ihren Ursprung. In Frankreich bildet das Konkursrecht einen Theil des code de commerce von 1807 und ist sowohl nach diesem Handelsgesetzbuche, als nach dem reformirenden Fallimentgesetze vom 28. Mai 1838 noch jetzt das eigentliche Konkursrecht auf Kaufleute (commerçants) beschränkt, deren Begriff nur in Folge des Verkehrsbedürfnisses sehr erweitert wurde, Einl. § 1. In England fanden die alten bankrupt-laws ebenfalls nur auf Handelsleute Anwendung; neben dem eigentlichen Bankerottverfahren gegen Handelsleute (traders) vor dem court of bankruptcy wurde indeß ein besonderes Verfahren für das Falliment anderer Schuldner (debtors) vor dem

court for the relief of insolvent debtors gesetzlich geregelt. Die neueste act of bankruptcy vom 9. August 1869 hat dagegen ein einheitliches Verfahren gegen alle G.-Schuldner hergestellt, und nur in einzelnen Beziehungen Unterschiede zwischen kaufmännischen und andern Schuldnern gemacht. Goltd. S. 14—20, Anlage II. S. 83—93 zu den Mot. Auch die neueren Bankerottgesetze der vereinigten Staaten in Amerika (1867), von Bayern (1869) und von Dänemark (1872) umfassen Kaufleute und Nichtkaufleute. Das deutsche gemeine Recht und die, an den gemeinrechtlichen Konkurs sich anschließenden, Partikularverordnungen über den Konkurs unterscheiden nicht zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten. Der Unterschied wurde jedoch mit der französischen Gesetzgebung in Rheinpreußen, Rheinhessen, Pfalz und Baden eingeführt (ebenso in Elsaß-Lothringen). In Baden wurde durch die Einführung der P.O. vom 18. März 1864 die Beschränkung des Konkurses auf Kaufleute beseitigt. Die preuß. K.O. von 1855 scheidet das Verfahren in einen kaufmännischen und einen gemeinen Konkurs (ebenso die österreich. von 1869). Die Unterscheidungen der preuß. K.O. betreffen hauptsächlich die Eröffnung des Konkurses und eine verschiedenartige Behandlung der Vorrechte der Ehefrauen.

Unsere K.O. beseitigt ausnahmlos alle Unterschiede. Zur Begründung bemerken die Mot.: Der Konkursanspruch der Gläubiger ist gegen jeden Schuldner in gleichem Maaße gerechtfertigt und erheischt die Beseitigung der Vorrechte aller Ehefrauen. Der Kredit hat für alle Schuldner zumal für die neueren Verkehrsverhältnisse dieselbe Bedeutung und verdient bei Allen die gleiche Berücksichtigung. Sachgemäß hat eine Eröffnung des Verfahrens überall nur auf Antrag zu erfolgen. Eine formelle Unterscheidung von Stadien der Konkursverwaltung ist als zweckwidrig überhaupt aufgehoben. Durch die Gleichstellung des Verfahrens für alle Stände werden zugleich die vielfachen erheblichen Zweifel erledigt, ob Jemand als Kaufmann anzusehen sei. Mot. 9—12, 258—262, 319—325. Nur die Strafbestimmungen der §§ 209 Nr. 3, 4 und 210 Nr. 2, 3 sind noch für Kaufleute allein gegeben.

3) Statt der im Entw. von 1873 vorgeschlagenen Bezeichnungen: „Gemeinschuldverfahren, Gemeinschuldrecht" ist in der K.O. die Bezeichnung: „Konkurs" aufgenommen, weil sie überall in Deutschland in das Verkehrsleben gedrungen und auch schon in der Reichsgesetzgebung bisher angenommen ist. Die Ausdrücke: „Falliment, Debitverfahren, Diskussions-, Krida-Verfahren, Gant" haben einen räumlich beschränkten Geltungsbereich und theilweise auch verschiedene Bedeutung. Aus derselben Rücksicht für den allgemeinen Sprachgebrauch ist der Ausdruck: „Gemeinschuldner" beibehalten. Mot. 14.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

Nicht die Rechtskonstruktionen der bisherigen oder der anderswo geltenden Konkursrechte sind hier zu definiren, sondern nur diejenigen der deutschen K.O. zu erläutern. Die Rechtsbegriffe anderer (jetziger oder früherer) Konkursvorschriften werden daher nur in Bezug genommen, wo sie theils durch die geschichtliche Entwickelung der Begriffe, theils durch ihre Uebereinstimmung, theils durch die Abweichung und die Hervorhebung der Unterschiede zur Aufklärung über die Vorschriften der K.O. dienen.

Das materielle Konkursrecht der K.O. beruht auf der Entwickelung des Gedankens des Konkursanspruchs, welcher für die Gläubiger mit der Zahlungsunfähigkeit ihres Schuldners entsteht. Nach der K.O. §§ 94, 95 ist das Konkursverfahren

auf Antrag des Gemeinschuldnes oder eines Konkursgläubigers zu eröffnen, wenn der Gemeinschuldner „zahlungsunfähig" ist, d. h. seine fälligen Zahlungen nicht mehr leisten kann, und dies ist „insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist". Die rechtliche Grundlage der K.O. für die dann eintretenden Rechtsverhältnisse der Betheiligten bezeichnen die Mot. 14, 15 treffend dahin:

„Wenn ein Schuldner sich außer Stande erweist, alle seine Gläubiger vollständig zu befriedigen, so muß das Gesetz die Gläubiger davor schützen, daß die Befriedigung, die ein Jeder zu fordern hat, nicht beeinträchtigt werde durch eine Verschleuderung des Vermögens seitens des Schuldners, durch den Hinzutritt neuer Schulden, durch das Vorgreifen oder die Begünstigung einzelner Gläubiger. Das Zahlungsunvermögen des Schuldners und die Kollision der gegen ihn bestehenden Forderungen erzeugt für jeden Gläubiger den rechtlichen Anspruch, daß nunmehr das gesammte Vermögen zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde. Dieser Anspruch, allen Gläubigern gemeinsam und den Konkurs begründend, soll durch die Eröffnung und Durchführung des Verfahrens verwirklicht werden; man kann ihn, zur Unterscheidung von dem objektiven Konkursrechte, den Konkursanspruch nennen. Was der G.Schuldner vorgenommen hat, seitdem das Bestehen des Anspruchs durch richterliche Entscheidung festgestellt ist, entbehrt jeder Wirksamkeit gegen die Gläubiger. Was er vorgenommen hat vorher, aber in Verletzung des bestandenen Konkursanspruchs, unterliegt der Anfechtung Das ganze Vermögen, wie es steht und liegt, wird in Beschlag genommen. Schwebende Verpflichtungen können nicht zu Gunsten Einzelner erfüllt werden. Aber jeder in der Masse enthaltene Werth ist für alle an dem Verfahren Theil nehmende Gläubiger zu realisiren". Diese allgemeine Rechtsgrundlage der K.O. wird durch die Einzelbestimmungen des Gesetzes, als in der That demselben zu Grunde liegend, bestätigt. Sowohl die materiellen Rechtsbestimmungen, als die formale Gestaltung des Verfahrens sind auf dieser Grundlage aufgebaut. Folgen des Konkursanspruchs sind die Modifikationen im Verhältnisse der Gläubiger zum Schuldner und zu dessen Vermögen betreffs der Aktivmasse sowie der Passivmasse; das Verhältniß der Gläubiger zu einander, die Verfügungsbeschränkung des G.Schuldners hinsichtlich der Aktivmasse zu Gunsten des Konkurszwecks, und alle hieraus wieder resultirenden Folgen, die Nothwendigkeit seiner Vertretung im Konkurse, die Unwirksamkeit seiner späteren Rechtshandlungen, die Anfechtbarkeit einzelner früherer Rechtshandlungen, die Grundsätze über Aussonderungs- und Absonderungsansprüche, und über Kompensationen im Konkurse, die Stellung des K.Verwalters zu den Gläubigern und die Grundsätze über die Feststellung und die Konkursberücksichtigung der K.Forderungen. Der Konkursanspruch ist der Grund dieser Aenderungen, sie werden existent, sobald der K.Anspruch selbst durch den Eröffnungsbeschluß als begründet formell festgestellt (nicht geschaffen) wird. Schultze a. a. O. S. 10—12.

Die K.O. selbst beschränkt sich jedoch auf die Anordnung anwendbarer Grundsätze und vermeidet jede dogmatische Definition. Sie bezeichnet das Wesen des Konkurses nur durch die Angabe seines Zweckes, § 2 und gewährt praktisch die Organe und Mittel zur Erreichung desselben durch die einzelnen Vorschriften und ihr Verhältniß zu einander. Es wird daher nothwendig, das rechtliche Verhältniß der einzelnen Betheiligten zu einander, wie es aus den gesetzlichen Vorschriften der K.O. hervorgeht, näher festzustellen. Die Ermittelung des Systems, welches bewußter Weise der K.O. zu Grunde gelegt ist, führt allein zur Vermeidung unrichtiger und zur Ermittelung der richtigen Folgesätze, welche in Beziehung auf die Verschiedenheit der konkreten Verhältnisse anwendbar sind, ohne im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen zu sein.

1) In den Vordergrund tritt das rechtliche Verhältniß der Gläubiger zum G.Schuldner und untereinander. Die früher herrschende Auffassung, welche, von der römischen cessio

bonorum ausgehend, eine Universalsuccession der Gläubiger in das Eigenthum des Vermögens des G.Schuldners (vgl. Dernburg II. § 111 Nr. 1) bez. eine datio in solutum (bei eigenem Antrage desselben eine freiwillige Eigenthumsübertragung und andernfalls eine zwangsweise) annahm, ist für die K.O. unanwendbar. Nach der K.O. § 5 bleibt der G.Schuldner Eigenthümer; er verliert nur die „Befugniß, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen". Auch die, von der römischen missio in bona ausgehende, mehrfach in deutsche Gesetzgebungen (auch in die preuß. Allg. Ger.Ordn. I. 50) übergegangene Auffassung, daß die Gläubiger ein allgemeines dingliches Pfandrecht am Gesammtvermögen erhielten (Dernburg a. a. O.), ist von der K.O. nicht angenommen und wird in den Mot. 15, 16 abgewiesen. Die K.O. giebt den Gläubigern kein dingliches Recht am Vermögen des G.Schuldners, läßt zwar die allgemeine Beschlagnahme desselben als Folge der K.Eröffnung eintreten, normirt aber die Befugnisse in Betreff der Verwerthung und Verwendung des Vermögens sowohl dem G.Schuldner als Dritten gegenüber anders und theilweise weiterreichend als aus dem Begriffe eines vom G.Schuldner freiwillig oder zwangsweise konstituirten Pfandrechtes folgen würde. Das von der K.O. anerkannte Recht des Konkursgläubigers ist das Recht, zu verlangen, daß über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des G.Schuldners zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger verfügt und dasselbe zu diesem Zwecke verwaltet wird, §§ 2, 5. Dies ist eben ihr „Konkursanspruch".

Diesen eigengearteten subjektiven Konkursanspruch hat jeder K.Gläubiger sowohl dem G.Schuldner als auch Dritten gegenüber. Jeder einzeln kann ihn durch den Antrag auf K.Eröffnung (§ 95) zur Verwirklichung bringen, und jeder kann ihn nach der K.Eröffnung durch die allen Gläubigern gleichmäßig für den Fortgang des K.Verfahrens eingeräumte Theilnahme innerhalb der gesetzlichen Konkursvorschriften geltend machen. Der Inhalt dieses Rechts ist, daß für alle K.Gläubiger und nur für diese in Gemäßheit der K.O. das Vermögen verwendet wird und zu anderen Zwecken bez. für andere, also auch für neue Gläubiger nicht darüber verfügt werden darf. Den Rechtsgrund für den Konkursanspruch bildet das Befriedigungsrecht jedes Gläubigers. Wenngleich das Resultat nach Art und Größe der Forderungen ein verschiedenes für die Einzelnen sein kann, so ist das Recht an sich für Jeden begründet und für Jeden durch das Befriedigungsrecht jedes Andern beschränkt. Der Konkursanspruch selbst, d. h. der Anspruch, daß das gesammte Vermögen zur gesetzlichen gemeinschaftlichen Befriedigung verwendet wird, ist qualitativ für Alle der gleiche. Die Rechtssubjekte selbst werden durch den Konkurs nicht vermehrt; die Gläubiger bleiben Gläubiger des Gemeinschuldners; dieser bleibt ihr Schuldner. Nur die Rechte der Gläubiger und deren Geltendmachung werden mit Rücksicht darauf, daß jeder Gläubiger den gleichen Konkursanspruch hat, beschränkt und geändert. Dagegen bilden die K.Gläubiger nach der K.O. weder eine juristische Person, noch eine Gesellschaft, noch überhaupt ein einheitliches Rechtssubjekt, oder eine Personeneinheit. Die K.O. hat deshalb den zur Unklarheit führenden Ausdruck: „Gläubigerschaft" nicht aufgenommen. „Die einzelnen Gläubiger bleiben die Rechtssubjekte, mit ihrem eigenen Rechte". Der vorstehenden, den Mot. 15—18 entnommenen, Auseinandersetzung entsprechen die Bestimmungen der K.O. durchaus. Die K.O. erkennt kein Successionsverhältniß und keinen Rechts-Uebergang des Vermögens des Schuldners auf einen Andern an, weder auf alle einzelnen Gläubiger, noch auf eine sie umfassende Gesammtpersönlichkeit, noch auf den Verwalter; sie widerspricht einer solchen Auffassung durch die §§ 2, 5 vielmehr geradezu. Sie giebt auch den Gläubigern kein Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht am Vermögen und erkennt als solche Rechte nur die zur Zeit der K.Eröffnung bestehenden an. Der „offene Arrest" der K.O. hat nicht die Bedeutung und Wirkung einer Pfändung, § 108, und in der

Beschlagnahme der Masse zu Gunsten des K.Zwecks für die Gläubiger, §§ 5, 107, 2, ist nicht die Konstituirung eines Pfandrechts für die Gläubiger enthalten. Dadurch, daß das Vermögen des Schuldners mit der K.Eröffnung als seine Konkursmasse dem K.Zwecke dient, ist die „Konkursmasse" nicht als besonderes, durch den Verwalter repräsentirtes, Rechtssubjekt (universitas juris) oder als ein einer Gläubigergenossenschaft gehöriger oder von ihr als procurator in rem suam verwalteter Vermögensinbegriff hergestellt, wie die preuß. K.O. § 4 und entsprechend Koch, Recht der Ford. I. S. 619, 655, ff., 683 definirten. Diesen früheren Konstruktionen der Rechtssubjekte im Konkurse (vgl. darüber Schultze a. a. O. S. 5—7) ist durch die §§ 2, 5 K.O. der Boden entzogen. Zwar stellt noch v. Völdernndorf I. S. 31—36 als System unserer K.O. eine durchaus unklare Theorie auf: „will man die sämmtlichen Folgen des K.Anspruchs zusammenfassen, so bildet der Uebergang des Vermögens des Schuldners in eine Konkursmasse eine Mischung von successio, Stellvertretung, Pfändung, cessio, datio in solutum, mandatum in rem propriam u. s. w." Ferner: an Stelle des G.Schuldners überkämen als dessen Stellvertreter die Gläubiger als Gesammtheit gedacht die Verwaltung und Verfügung über die Masse; sie handelten in ihrer Gesammtheit durch den Gläubigerausschuß und den Konkursverwalter; der Verwalter sei weder Vertreter des G.Schuldners, noch der Gläubiger; sondern gesetzlicher Güterpfleger der Masse „und wenn man in ihm durchaus einen Vertreter sehen will, so ist er der Vertreter der Masse"; was wieder bedeuten solle: er sei Vertreter sowohl des G.Schuldners als der Gläubiger, indem er Vertreter „der Masse als solcher" sei. Diese gesammte Konstruktion, in sich widersprechend und im Bestreben, allen früheren Theorieen gerecht zu werden, bei ihrem Mangel an Präzision, Einheitlichkeit und Gedankenkonsequenz als System nicht anzuerkennen, wird durch die K.O. nach dem Obigen nicht bestätigt, sondern widerlegt. Wenn auch in der Praxis in Erinnerung an die Preuß. K.O. und Koch noch jetzt mitunter für unsere deutsche K.O. die Konkursmasse als besonderes Rechtssubjekt gedacht wird, namens welcher gehandelt werde und Prozesse geführt werden, so kann dies zur Vermeidung verwirrender Konsequenzen nicht scharf genug abgewiesen werden.

Hinsichtlich des Verhältnisses der einzelnen Gläubiger zu einander bemerken die Mot. S. 18: „Wohl aber treten die Gläubiger kraft des Gesetzes in eine Gemeinschaft (communio incidens), in eine rein zufällige; denn wenn auch die Theilnahme an dem Verfahren dem Belieben eines Jeden überlassen ist, so entsteht doch unabhängig von dem Willen des Einzelnen — durch die Existenz der anderen Forderungen, das Zahlungsunvermögen des Schuldners und die Kollision aller Gläubiger — unter ihnen die rechtliche Gemeinschaft"; zwar nicht hinsichtlich der Konkursmasse selbst, aber: „die Gemeinschaft hat zum Grund und Gegenstand das Befriedigungsrecht eines jeden Gläubigers auf das gesammte unzureichende Vermögen des G.Schuldners, zum Zweck und Inhalt: die gemeinschaftliche Befriedigung Aller aus diesem Vermögen." Die übrigen Kommentatoren nehmen lediglich auf diese Bemerkungen der Mot. Bezug; so Petersen S. 21, Hullmann S. 60, Stieglitz S. 26, Wengler S. 70, 91, v. Völderndorff I. S. 86. Vgl. auch Dernburg § 114 S. 270.

Im Gegensatze hierzu bestreitet Schultze a. a. O. S. 12—21 jede Rechtsgemeinschaft der Gläubiger unter einander im Konkurse. Er deducirt: die Gläubiger bleiben auch im Konkurse Gläubiger, jeder auf Grund seiner Obligation; sie treten nicht in ein neues materielles Rechtsverhältniß zum Schuldner oder zu einander; durch den K.Anspruch und die K.Eröffnung werden unter ihnen nur formelle, d. h. prozessualische Verhältnisse begründet, wenngleich diese wie rücksichtlich der Erfüllung von Verträgen, der Anfechtbarkeit, der Kompensation einen modifizirenden Einfluß auf die vorhandenen materiellen Rechtsverhältnisse üben. Das prozessualische Verhältniß, welches unter ihnen begründet wird, ist das von Streitgenossen, indem sie in demselben Verfahren neben

einander den K.Anspruch im Eröffnungsverfahren oder ihre K.Forderungen im Konkurse selbst geltend machen; und zwar als einzelne selbständige Streitgenossen im Sinne der C.P.O. § 58, sofern Jeder neben dem Andern seine K.Forderung geltend macht; und andrerseits als von der nothwendigen Einheitlichkeit der Entscheidung im Sinne des § 59 C.P.O. abhängige (s.g. qualifizirte) Streitgenossen, soweit es sich um eine Entscheidung über den Konkursanspruch (Eröffnung, Zwangsvergleich, Einstellung, Aufhebung, Wiedereröffnung der Konkurses) handelt, oder soweit dem anmeldenden Gläubiger alle anderen Gläubiger passiv bestreitend gegenüberstehen. Das Verhältniß der Gläubiger zur Aktivmasse (Theilungsmasse), welches außerhalb der dem Civilprozesse entsprechenden Feststellung von Ansprüchen liege, und die Klarstellung, Herbeischaffung, Verwaltung und Verwerthung der Masse betreffe, könne aus der prozessualischen Streitgenossenschaft nicht erklärt werden; dies Verhältniß beruhe indeß lediglich auf ihrem gleichen thatsächlichen Interesse, welches sie in einem nur formalen Verhältnisse neben einander in der Gläubigerversammlung oder durch Uebertragung von Befugnissen an einen Gläubigerausschuß geltend machen. Eine rechtliche Gemeinschaft sei auch in dieser Beziehung unter ihnen nicht vorhanden.

Den beiden entgegenstehenden Auffassungen gegenüber ist zu bemerken: Die in den Mot. für das Verhältniß der Gläubiger zu einander gebrauchte Bezeichnung einer zufälligen Gemeinschaft, communio incidens, ist allerdings für die von den Mot. selbst gemeinte Gemeinschaft, welche nicht an der Masse, sondern hinsichtlich des Rechts auf gesetzliche Behandlung der Masse bestehen und nur eine ohne societas, contrât d'union oder sonstigen Vertrag bestehende Gemeinschaft bedeuten soll, nicht zutreffend. Der Ausdruck setzt ein gemeinschaftliches Sacheigenthum oder dingliches Recht oder wenn man auch alle Rechte unter den Sachen einbegreifen will, ein gemeinschaftliches auf bestimmte Präſtation gerichtetes Forderungsrecht voraus, und kann daher leicht zu Mißverständnissen führen. In der Sache selbst indeß beschränken sich die Verhältnisse der Gläubiger unter einander nicht auf die von Schultze hervorgehobenen, welche an den zuständigen Stellen der K.O. §§ 97, 135, 120 ff. näher zu erörtern sind. Außer der prozessualischen Stellung der Gläubiger neben einander und außer der Einwirkung, welche der Konkursanspruch Aller auf die Rechte des Einzelnen ausübt, hat der K.Anspruch nach der K.O. allerdings auch einen derartigen Einfluß auf die materiellen Rechtsverhältnisse, daß dadurch eine rechtliche Gemeinschaft unter den K.Gläubigern begründet wird. Die Interessengemeinschaft der Gläubiger hinsichtlich der Theilungsmasse ist nicht eine blos thatsächliche, sondern hat in der Art, wie die K.O. das Verhältniß der Gläubiger zu einander und zum Verwalter, zum Gläubigerausschuß und zur Gläubigerversammlung gestaltet, den Charakter eines Rechtsverhältnisses erhalten, welches nach den durch die K.O. bestimmten Formen und Vorschriften zu behandeln ist. Der Charakter eines Rechtsverhältnisses und zwar bei der Gemeinschaftlichkeit des zu Grunde liegenden K.Anspruchs und der Betheiligung der Charakter einer Rechtsgemeinschaft rücksichtlich der Bestimmung über die Theilungsmasse wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß für die Ausübung der allen Gläubigern zustehenden Befugnisse nicht der für sonstige gemeinschaftliche Sachen oder Rechte geltende Lösungsmodus, sondern mit Rücksicht auf die Untheilbarkeit der Disposition und auf den Konkurszweck der in der K.O. bestimmte angeordnet ist. Es bleibt immerhin richtig, daß sie in Ansehung der K.Masse und der Verfügung darüber, soweit ihnen die K.O. eine Theilnahme gestattet, in Rechtsgemeinschaft stehen. Dieselbe ist als solche in der K.O. zunächst schon durch die als Grundsatz für den gesammten Konkurs durchgreifende Kardinal-Zweckbestimmung des § 2 anerkannt; außerdem auch wiederholt im Einzelnen sowohl in Betreff ihres Verhältnisses zur Theilungsmasse als auch zur Passivmasse; so in den §§ 6, 7, 22 hinsichtlich der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen „den Konkursgläubigern gegenüber", also gegenüber

nicht bloß jedem einzelnen, sondern allen und auch nur allen K.Gläubigern; ebenso im § 12 hinsichtlich der Erwerbung von Pfand- und Vorrechten mit verbindlicher Kraft „gegen die K.Gläubiger“ und in den §§ 133, 135 hinsichtlich der Feststellung einer K.Forderung „gegenüber allen K.Gläubigern.“ Die Frage, welcher Natur diese gemeinschaftlichen Rechte sind, und in welcher Weise sie von den Gläubigern oder in ihrem Interesse von Anderen direkt, vgl. § 29, bez. von den Gläubigern im Regreßwege gegen den Verwalter, § 74, ausgeübt werden können, ist bei den einzelnen Bestimmungen näher zu erörtern; die Tragweite und Ausübungsart der Rechte kann indeß keinesfalls die Thatsache beseitigen, daß die Rechte gemeinschaftliche sind. Auch dadurch wird dies nicht beeinträchtigt, daß sie auch von einzelnen Gläubigern ohne Betheiligung anderer geltend gemacht werden können, soweit dies nach der K.O. zulässig ist, wie die gleiche Zulässigkeit der Gemeinschaftlichkeit einer Solidarobligation keinen Abbruch thut.

Die Mot. begründen aus dem Konkursanspruche und aus der für Jeden durch das gleiche Recht der Anderen entstehenden Beschränkung die Vorschriften der K.O. über die materiellen Rechtsverhältnisse und über das Verfahren dahin: „Darum darf kein Gläubiger rücksichtslos gegen die Anderen sein einzelnes Befriedigungsrecht gegen den Schuldner verfolgen, darum dürfen Zwangsvollstreckungen zu Gunsten Einzelner nicht vorgenommen werden. Das gleiche Recht Aller verlangt, daß Keiner seinen Anspruch anders als im gemeinschaftlichen Verfahren ausübe, es berechtigt Jeden, den Anspruch des Anderen zu prüfen, es verhindert, daß der Einzelne ein Recht erlangt auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen zur K.Masse gehörigen Gegenständen, daß ein Gläubiger mit einer Schuld aufrechnen kann, die ein Aktivum der K.Masse bildet. Jede Vermehrung, jede Verminderung der Masse trifft alle Gläubiger gleichmäßig, keiner kann einseitig dieselbe im eigenen Interesse in Anspruch nehmen. Die Verringerung der Schuldenmasse in Folge des Bestreitens angemeldeter Forderungen gereicht allen Gläubigern zu gleichem Vortheile, wenn auch nur eines Gläubigers Ermittelungen oder Schritte den Vortheil herbeigeführt haben. Und weil das gleiche Recht Aller bedenklich gefährdet ist, wenn ein einzelner Gläubiger eigensinnig oder eigensüchtig sein Interesse auf Grund formalen Rechts durchsetzen kann, so müssen die Beschlüsse der Mehrheit die Minderheit binden. Das vor Allem ist der Grund, das Ziel und die Grenze eines Zwangsvergleichs (Akkordes).“ Mot. 18.

Hinsichtlich des Zwangsvergleichs und einzelner anderer Vorschriften dürfte diese allgemeine juristische Begründung der Motive noch durch ein Moment zu ergänzen sein, welches einer streng juristischen Konstruktion nicht fähig ist und zur Beugung der Konsequenzhärten starrer Prinzipien in allen Rechtsgebieten seine Berücksichtigung findet: die unter dem Titel der Billigkeit (aequitas) sich geltend machende Humanität. Die Zwangsliquidation, welche das Konkursverfahren dem insolventen G.Schuldner auferlegt, ist die tragische Vernichtung seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit. Während der Konflikt der Interessen ein Bild dramatischer Lebendigkeit und Entwickelung in dem Kampfe hervorruft, welchen nicht immer nur ein Einzelner gegen den Einzelnen, sondern je nach ihren Interessen Alle gegen Alle zu führen haben, und welcher sämmtliche Rechtsgebiete berühren kann, so erfährt der G.Schuldner, welcher seine vermögensrechtliche Existenz als Schuldiger opfern und zum Kampfpreis darbieten muß, je nach den Verhältnissen, den Personen und den Gründen der Verschuldung in verschiedenem Maaße theils mehr die tragischen unabwendbaren Folgen seiner Vergangenheit, theils die auch unter solchen Verhältnissen zugelassene Versöhnung und Nachsicht. Das Gesetz giebt der Billigkeit in mehrfachen Beziehungen, insbesondere hinsichtlich der Bestimmungen über den Zwangsvergleich, über die Gestattung einer Kompetenz für den G.Schuldner und seine Familie und über die theilweise Ausschließung von Vermögensrechten aus der K.Masse Ausdruck und Spielraum.

2) Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich der K.Masse wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt, § 5. Ueber die rechtliche Stellung desselben bemerken die Mot. S. 16: „Da der G.Schuldner Eigenthümer der K.Masse bleibt, so muß statt seiner die Ausübung der Disposition durch eine andere Person geschehen, es muß eine gesetzliche Stellvertretung des G.Schuldners eintreten". Die eine Theorie (Bremer Debitordn. § 85 und Preuß. K.O. § 4) übertrage die Vertretung den Gläubigern, die andere (Hannov. P.O. §§ 610, 613, 616) dem Kurator. „Welche Theorie die richtige ist" — sagen die Motive weiter — „mag durch die Wissenschaft entschieden werden. Auf die praktischen Bestimmungen, welche der Gesetzgeber zu treffen hat, bleibt der Streit einflußlos. Auch wo die Gläubiger als Vertreter des G.Schuldners angesehen werden, muß, da nicht jeder einzelne Gläubiger neben dem anderen selbständig die Stellvertretung ausüben kann, die Bestellung eines Verwalters der K.Masse erfolgen, und wenn dieser dann auch unmittelbar als Vertreter „der Gläubigerschaft" erscheint, so ist er mittelbar zugleich Vertreter „der Masse", d. h. ihres Eigenthümers, des Gemeinschuldners" (die preuß. K.O. §§ 131, 215 erklärt ihn als „Vertreter der Gläubigerschaft und der Masse"). „Wo andererseits das Amt des Verwalters als eine Kuratel und gesetzliche Vertretung des G.Schuldners aufgefaßt wird, hat diese doch in dem Konkursanspruche der Gläubiger ihren Grund, und den Zweck, den letzteren zu verwirklichen. Immer hat der Verwalter für das Interesse der Gläubiger zu sorgen, und überall fällt das wohlverstandene Interesse der Gläubiger mit dem eines redlichen Schuldners zusammen, Mot. 16. Ohne daher gesetzlich zu entscheiden, als wessen Vertreter der Verwalter in erster Linie erscheint, ordnet der Entw. die Bestellung eines Verwalters an „und sichert den Gläubigern auf die Auswahl des Verwalters und auf die gesammte Geschäftsführung desselben einen weitgehenden Einfluß".

Die juristische Konstruktion der Stellung des Verwalters nach der K.O. ist indeß nicht eine blos akademische Frage, sondern sie muß auch zur praktischen Anwendung des Gesetzes in den, nicht direkt durch das Gesetz entschiedenen, Fällen für das Verhältniß des Verwalters zum G.Schuldner, zu den Gläubigern und zu Dritten (Gewährleistung, Entschädigung, Verschuldung) gelöst werden. Die praktische Wichtigkeit tritt schon in der täglich zu beantwortenden Frage hervor, wer „die von ihm vertretene Partei" im Falle einer Eidesleistung bez. Eideszuschiebung ist (C.P.O. § 435), wenn der Verwalter als gesetzlicher Vertreter fungirt, ob der Verwalter bei den gegen den G.Schuldner veranlaßten Zwangsvollstreckungen und Arresten an der Stelle des G.Schuldners oder als Dritter mit desfallsigen Einwendungen aufzutreten hat, C.P.O. §§ 686, 690 und wer überhaupt in einem von dem Verwalter oder gegen ihn geführten Prozesse die „Partei" (C.P.O. § 50) bez. in den Rechtsgeschäften des Verwalters das Rechtssubjekt ist, da unzweifelhaft der Verwalter für sich selbst in seiner Persönlichkeit nicht Rechtssubjekt und Partei wird. Vgl. über die praktische Bedeutsamkeit Anm. zu § 29.

Von Fuchs S. 103, v. Sarwey S. 25, Petersen S. 38—40, Wengler S. 92—94, 233, 234, Mandry S. 388, 389 wird der Verwalter nach der K.O. als Vertreter des G.Schuldners erklärt. Gegen die Ansicht, daß er die Gläubiger vertrete, wird namentlich die Zulassung seines Widerspruchs gegen einen selbst einstimmigen Beschluß der Gläubiger gemäß § 91 hervorgehoben. Daß nach der K.O. der Verwalter nur Vertreter der Gläubiger sei, nimmt auch kein Kommentator an. Indeß wollen v. Völderndorff I. S. 35, 36, 112, 113 und Stieglitz S. 40, 41 dagegen, daß der Verwalter nur Vertreter des G.Schuldners sei, seine Stellung bei Anfechtungen, §§ 29 ff., und bei einer Entgegentretung gegen Ansprüche des G.Schuldners an die Masse, Anm. 3 zu § 1 und § 115, geltend machen. Sie sehen ihn deshalb als Vertreter sowohl des G.Schuldners, als auch der Gläubiger d. h. „der Masse" an. v. Völderndorf I. S. 512 betrachtet weiter die Masse als eine Art von Zweckvermögen. Schultze deutsch. Konkursrecht S. 36—69 will ihn im Uebrigen als

Vertreter des G.Schuldners, hinsichtlich der Anfechtungen jedoch als Vertreter der Gläubiger gelten lassen; ebenso Otto Anf. S. 155, 156. Dernburg II. §§ 115 S. 277 bezeichnet ihn als Vertreter des G.Schuldners „in der Verwaltung der Masse und Erledigung der Konkursgeschäfte, ähnlich wie der Liquidant einer Handelsgesellschaft dieselbe vertritt", aber „auch als Vertreter der K.Gläubiger, soweit es sich nicht um Sonderinteressen, sondern um gemeinsame Interessen derselben handelt; insbesondere bezüglich der Anfechtungs-Klagen".

Die Lösung der Streitfrage ist aus den Vorschriften der K.O., aus der darin dem Verwalter gegebenen Stellung und aus dem Verhältnisse der Gläubiger selbst zum G.Schuldner zu finden. Der Annahme, daß der Verwalter „die Gläubiger" oder auch „sowohl die Gläubiger, als auch den G.Schuldner" bez. „die K.Masse" vertrete, steht schon der Umstand entgegen, daß diese gemäß der vorstehenden Anm. 1 nach dem Systeme der K.O. kein Gesammtrechtssubjekt bez. keine Gesammtpersönlichkeit bilden, und daß eine Vertretung aller einzelnen Gläubiger als Einzelnberechtigter die Vertretung für jeden Gegensatz des Verwalters gegen einen einzelnen Gläubiger (bez. was zuläßig, gegen alle Gläubiger, §§ 91, 124), zu einer stets wechselnden, widerspruchsvollen und logisch wie praktisch unhaltbaren machen würde. Dem Gedanken, daß der Verwalter zugleich den G.Schuldner und die Gläubiger vertrete, tritt auch die praktische Rücksicht entgegen, daß er nach der Regelung der Erhebung von Einwendungen bei Zwangsvollstreckungen und Arresten gegen den G.Schuldner, wie sie die C.P.O. gestattet, nur für den G.Schuldner oder für einen Dritten auftreten kann, und daß die Formen und Gerichtsstände obligatorisch verschieden sind, je nachdem das Eine oder das Andere der Fall ist. C.P.O. §§ 686, 688 ff., 690, 707.

Der Verwalter ist in der That im Sinne der K.O. als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen. Nicht der Wille des G.Schuldners macht ihn zu seinem Beauftragten, sondern das ernennende Gericht bestellt ihn kraft Gesetzes zum Vertreter. Wie bei exekutivischer Ueberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt (C.P.O. § 736) der Cessionswille des Schuldners durch das Gericht kraft Gesetzes ergänzt und eine nothwendige (Zwangs-) Cession begründet wird, ebenso ertheilt das Gericht dem Konkursverwalter Namens des G.Schuldners, dessen Willen ergänzend, den Auftrag, dasjenige zu thun, was nach der Vorschrift des Gesetzes in Betreff der K.Masse des Kridars geschehen soll, nämlich sie zur gemeinschaftlichen Befriedigung der K.Gläubiger zu verwenden. Dies ist eine Zwangsvollmacht und zwar für den G.Schuldner. Der Verwalter soll thun, was der G.Schuldner nach dem Willen des Gesetzes thun müßte und was diesem selber zu thun wegen fehlender Unbefangenheit und unter Umständen wegen mangelnden Willens unter Beschränkung seiner Disposition nicht mehr überlassen wird. Im § 5 der K.O. ist diese Stellung des Verwalters dadurch gekennzeichnet, daß unmittelbar nach der Vorschrift: der Gemeinschuldner verliere die Verwaltungs- und Verfügungsbefugniß über die K.Masse, gewissermaßen in einem Athem bestimmt wird: „Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt." Dadurch ist ausgedrückt, daß er kraft des Gesetzes die Stelle des G.Schuldners vertreten soll, zugleich auch, daß er den G.Schuldner nur rücksichtlich seiner K.Masse zu vertreten hat. Nur indirekt erhält seine Vertretung hierdurch in Folge des, im § 2 ausgesprochenen, gesetzlichen Zweckes der K.Masse die Richtung, daß er sie zu Gunsten der K.Gläubiger gesetzmäßig verwenden muß. Die Motive erläutern auch wiederholt die Vorschriften der K.O. über die Funktionen des Verwalters mit der Bemerkung, der Verwalter sei dazu berufen, weil er Repräsentant des G.Schuldners sei. So Mot. S. 77 u. s. w. Ihm ist nur vom Gesetze die Instruktion gegeben, dem gesetzlichen Zwecke zu Gunsten der Gläubiger zu entsprechen und damit die Schuldnerpflichten des Gemeinschuldners zu erfüllen. Die Verpflichtung und das

Recht des Verwalters, den K.Anspruch der Gläubiger zu erfüllen und in deren Interesse zu fungiren, widersprechen seiner Eigenschaft als Vertreter des G.Schulders nicht und machen den Verwalter nicht zum Vertreter der Rechte und der Stelle der Gläubiger. Er hat damit nur eine Pflicht zu erfüllen, welche der redliche Schuldner selbst erfüllen müßte, wenn ihm nicht zur zweckmäßigen Sicherung des K.Zwecks die Verwaltung entzogen würde. Gerade diese Identität der Interessen des rechtlichen, gesetzmäßig verfahrenden Schuldners und der Gläubiger, welche auch die Motive 16 hervorheben, ermöglicht es, daß der Verwalter nur den G.Schuldner rechtlich zu vertreten hat, und dadurch die Interessen der Gläubiger fördert, ohne ihr Vertreter zu sein. Der Verwalter soll eben den G.Schuldner vertreten, wie derselbe nach Feststellung des Konkursanspruchs durch die K.Eröffnung gesetzlich verfahren müßte. Die Ansicht, daß er die Gläubiger im Konkurse zu vertreten habe, würde nur mit der durch § 5 reprobirten Vorstellung zu halten sein, als träte durch den Konkurs in irgend einer Weise eine Succession der Gläubiger in die Rechte des G.Schuldners ein. Schultze a. a. O. S. 36, 37.

Dem K.Zwecke entsprechend vertritt indeß der Verwalter nicht die Gesammtpersönlichkeit des G.Schuldners, welcher vielmehr an sich rechts- und handlungsfähig bleibt; er vertritt ihn nur hinsichtlich der „Befugniß", die K.Masse „zu verwalten und darüber zu verfügen", § 5. Vgl. in Betreff des Näheren Anm. zu § 5 und Vorb. vor § 50.

Dieser Eigenschaft als Vertreter des G.Schuldners rücksichtlich der K.Masse im Interesse der K.Gläubiger entsprechen auch die einzelnen Vorschriften in Betreff der dem Verwalter übertragenen Funktionen:

I. Der Verwalter hat die Theilungsmasse (Aktivmasse) an Stelle des G.Schuldners in Besitz zu nehmen, festzustellen, zu sichern, zu verwalten und zu verwerthen, die hierzu nöthigen Operationen vorzunehmen, auch Klagen anzustrengen, und Prozesse, welche der G.Schuldner für die K.Masse angestrengt hat, aufzunehmen, §§ 107 ff. 8; ebenso den G.Schuldner in den gegen ihn betreffs der Masse anhängigen oder anhängig zu machenden Prozessen zu vertreten, §§ 9 ff. Die Mitbetheiligung, welche den Gläubigern hinsichtlich der Verfügung über die Masse eingeräumt ist, ist nur ein Ausdruck dafür, daß sie selbst wegen ihres thatsächlichen Interesses zu hören sind. Daß sie keine Mitverwaltung haben, sondern die Verfügungsbefugniß dem Verwalter auch gegen ihren Einspruch bleibt, ergiebt § 124. Sie treten nur neben dem an Stelle des G.Schuldners über dessen Vermögen disponirenden Verwalter, um ihr Interesse zur möglichsten Berücksichtigung zu bringen. Sie können indeß auch da, wo ihnen ein Recht hierzu gegeben ist, nicht an Stelle des Verwalters verfügen und handeln, sondern nur ihren Regreß an denselben nehmen. Noch weniger sind die Gläubiger, auch wenn sämmtlich einstimmig, berechtigt, die Handlungen oder Erklärungen des Verwalters, soweit er innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse handelt, durch ihre Mißbilligung unwirksam zu machen oder von ihrer Instruktion oder Genehmigung abhängig zu machen, was sonst ein natürlicher Einfluß ihres Verhältnisses wäre, wenn er als ihr Vertreter handelte. Vgl. Anm. 1, 3 zu § 121. Nur hinsichtlich einzelner Akte bedarf er wegen des Zweckinteresses der Gläubiger außer seiner, an sich unabhängigen, Aktion der Genehmigung des „Gläubigerausschusses" bez. der „Gläubigerversammlung" (§§ 121, 122). Der Gläubigerausschuß und die Gläubigerversammlung sind vielmehr Vertreter der Gläubiger (Anm. 1 zu § 79), nicht aber der Verwalter. Wegen desselben Zweckinteresses können auch die Gläubiger über bestimmte einzelne Verwaltungsakte dispositiv beschließen, sowie Bericht und Rechnungslegung vom Verwalter verlangen (§§ 74, 78, 119, 120), wie auch ein Schuldner, welcher ohne Mandat (etwa auf Grund testamentarischer Bestimmung) zu Gunsten eines Andern zu Handlungen bez. Zweckerfüllungen verpflichtet ist, demselben darüber Rechenschaft abzulegen hat. Die Rechnungslegung des Verwalters den Gläubigern gegenüber ist nicht die eines Geschäftsführers an seinen Auftraggeber; die Gläu-

biger können daher gegen die Rechnung nicht Ausstellungen durch Berufung auf ihren vorher oder nachher erklärten mißbilligenden Willen, sondern nur aus der Nicht-Beobachtung des Gesetzes geltend machen.

Der Eigenschaft des Verwalters als Vertreters des G.Schuldners hinsichtlich der Aktivmasse kann (gegen v. Völdernbdorff I. S. 35) nicht entgegengesetzt werden, daß er berechtigt ist, auch gegen den G.Schuldner aufzutreten, von ihm Auskunft zu erfordern, bei Nichterfüllung gegen ihn seine Haft zu beantragen und ihn zur Leistung des Manifestationseides zu zwingen, §§ 92, 93, 115. Dies sind Maaßregeln, welche ebenso, wie die Entziehung des Besitzes der K.Masse gegen seinen Willen zur Sicherung des K.-Zwecks zugelassen sind. Der G.Schuldner ist dabei nur als Auskunftsperson betheiligt und es wird dadurch nur ein in seiner Person sich dem K.Zwecke entgegenstehendes Hinderniß beseitigt. Er hat dabei jedoch keine Rechtsstellung als Selbstvertreter seiner K.Masse gegenüber dem Verwalter, sondern wird von diesem angegriffen, eben weil der Verwalter den G.Schuldner, wie er sich gesetzlich verhalten soll, kraft Gesetzes auch gegen den bösen Willen und die Pflichtversäumung des G.Schuldners selbst vertreten soll. Auch der Vormund hört nicht auf, gesetzlicher Vertreter seines Mündels zu sein, wenn er gegen die Handlungen oder Absichten desselben operirt.

II. Gleicherweise vertritt der Verwalter den G.Schuldner in Betreff der Festsetzung der Passivmasse („Schuldenmasse"). Das Maaß der Befriedigung des K.Anspruchs resultirt ebenso sehr aus der Höhe der K.Forderungen, als aus dem Umfange der Aktivmasse. Auch hinsichtlich der Feststellung der K.Forderungen jedes einzelnen Gläubigers sind daher die übrigen Gläubiger interessirt. Aber wie es sich für die Aktivmasse um das Vermögen des G.Schuldners handelt, so sind in Betreff der Passivmasse seine Schulden Gegenstand der Feststellung. Begrifflich ist die Anmeldung der K.Forderung analog der Klage die Geltendmachung der konkreten Ansprüche jedes Gläubigers gegen den Gemeinschuldner aus seinem Rechtsverhältnisse zu ihm. Er macht seine Forderung nicht gegen die anderen Gläubiger, sondern neben denselben geltend. Dem prozessualischen Wesen dieses Verhältnisses entsprechend hat also der Anmeldende den Anspruch gegen den G.Schuldner bez. gegen dessen Vertreter durchzukämpfen. Demgemäß und da der Verwalter den G.Schuldner hinsichtlich des Einflusses auf die K.Masse vertritt, hat die K.O. dem G.Schuldner selbst ein Widerspruchsrecht im Konkursverfahren nur hinsichtlich der außerhalb des Konkurses bez. nach demselben eintretenden Wirkung gegeben; dem Verwalter dagegen das Widerspruchsrecht hinsichtlich des Feststellungsresultats, welches für die Betheiligung an der K.Masse maaßgebend sein soll, §§ 132, 134, 140 ff.; — 152, 179, 192. Der Verwalter vertritt also auch hier den G.Schuldner hinsichtlich des für die Betheiligung an der K.Masse entscheidenden Resultats, so wie der G.Schuldner selbst nach den Vorschriften der K.O. gesetzmäßig rücksichtlich der K.Masse verfahren müßte, wenn er selbst sich dabei zu vertreten hätte; und somit auch in Betreff der Feststellung der Vorrechte. Der Verwalter hat dabei dem für alle Gläubiger dienenden Konkurszwecke entsprechend auch die Interessen aller Gläubiger zu berücksichtigen und auch in ihrem Interesse unbegründete Ansprüche zu bestreiten. Auch hier ist ihr Interesse durch des identische Interesse des redlichen Schuldners gewahrt. Daß der Verwalter auch hier nicht die Rechte oder Stelle der Gläubiger vertreten soll, hat durch das jedem Gläubiger neben dem Verwalter gewährte selbständige Widerspruchsrecht Ausdruck bekommen. Dies Recht ist ihnen mit Rücksicht auf ihr Interesse an der Verminderung der K.Dividende eingeräumt. Sie haben aber dies ihr Recht selbst zu vertreten und werden darin vom Verwalter nicht vertreten. Mit Rücksicht auf die Rechtstellung eines bestreitenden Gläubigers, welche außerhalb des zwischen dem anmeldenden Gläubiger und dem G.Schuldner obwaltenden Schuldenverhältnisses liegt und auf der positiven Befugniß beruht, diesem Schuldver-

hältnisse die Wirkung für die K.Masse zu nehmen, wenn es dem Bestreitenden gegenüber nicht nachgewiesen wird, hat die Klage des Anmeldenden gegen den bestreitenden Gläubiger die Bedeutung einer Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses. C.P.O. § 231. Vgl. Anm. 1 zu § 127 und Schultze a. a. O. S. 48—59. In Anbetracht der Rechtsstellung der Betheiligten ist daher eine Vertretung der Gläubiger durch den Verwalter auch in dieser Beziehung weder ein Bedürfniß, noch durch die K.O. hergestellt.

III. Am meisten wird noch die Eigenschaft des Verwalters als Vertreters des G.-Schuldners bei der Ausübung des Anfechtungsrechts angefochten und wird er hierfür vielfach als Stellvertreter der Gläubiger angesehen; weil die Anfechtbarkeit nur die Unwirksamkeit „den K.Gläubigern gegenüber" bezweckt und das Anfechtungsrecht nur vom Verwalter ausgeführt werden darf, §§ 22, 29. Auch Schultze a. a. O. S. 64—69 vertritt diese Ansicht zufolge dieser „positiven Rechtsvorschrift" und weil die Anfechtung zwar nicht gegen den G.Schuldner, sondern gegen den die Masse schmälernden Dritten gerichtet sei, aber Zweck und Wirkung in der Unschädlichmachung „den K.Gläubigern gegenüber" habe, also lediglich in ihrem Interesse und als ihr Recht erfolge; während die anfechtbare Rechtshandlung dem G.Schuldner gegenüber rechtsverbindlich bleibe und auf Seiten des G.Schuldners nicht ein Mangel des Vertragswillens (der Handlungs- und Verfügungsfähigkeit) Grund der Anfechtbarkeit sei, sondern die Verletzung des K.Anspruchs der Gläubiger. Ebenso Otto S. 155, 156. Ungeachtet dieser scheinbaren Gegengründe ist indeß auch in der Ausübung des Anfechtungsrechts der Verwalter als gesetzlicher Vertreter des G.Schuldners anzusehen. Auch hier ist entscheidend, daß der Verwalter den G.Schuldner behufs der Erfüllung des K.Anspruchs der Gläubiger, so wie der G.Schuldner sich in dieser Beziehung in der Gegenwart oder in der Vergangenheit verhalten müßte bez. hätte verhalten müssen, zu vertreten hat, nicht wie er sich thatsächlich während des Konkurses verhält oder vorher verhalten hat. Er soll sein Recht, nicht sein Unrecht vertreten, auch wenn es zum persönlichen Nachtheil des Schuldners ausschlägt. In diesem Sinne ist auch hier das Interesse des redlichen Schuldners, welcher erfolgte Rechtsverletzungen (wenngleich mit eigenem Schaden) für die verletzten Gläubiger zu beseitigen hat, mit dem Interesse der Gläubiger identisch. Gemäß dem für die gesammte Vertretung des Verwalters maaßgebenden K.Zweck hat er den G.Schuldner nicht nur in dessen Interesse, sondern auch im Interesse der K.Gläubiger zu vertreten. Deren K.Anspruch ergreift nur die vom Verwalter in Besitz zu nehmende, zu erstreitende und zu verwaltende K.Masse; zu dieser gehört aber auch das vom Anfechtungsgegner zur Masse Zurückzugewährende, § 30. Gerade deshalb, weil Zweck und Wirkung der Anfechtung in der Zurückgewährung zur Masse bestehen und der Verwalter diese an Stelle des G.Schuldners, wie er sein soll, zu erlangen und zu verwalten hat, hat er das Anfechtungsrecht auszuüben. Daß man den Verwalter für den § 29 als Vertreter des G.Schuldners im Interesse der Gläubiger ansieht und dabei doch das Anfechtungsrecht gemäß § 22 aus den Rechten der Gläubiger begründet findet, enthält keinen Widerspruch. Das Recht der Gläubiger behält seine Bedeutung immerhin in Folge der positiv-rechtlichen Uebertragung der Ausübung an den Verwalter als solchen, vgl. Anm. zu § 29, sowie rücksichtlich der Verantwortlichkeit des Verwalters gegenüber den Gläubigern wegen seiner Nichtbenutzung der zulässigen Mittel. „Das ganze Amt des Verwalters entspringt den Rechten der Gläubiger" Mot. 144. Er soll den Gläubigern gerecht werden; dadurch wird er jedoch nicht ihr Vertreter, sowenig wie der Schuldner, welcher freiwillig Schritte thut, um den Rechten Anderer Genüge zu thun.

Die Bezeichnung der Unwirksamkeit „den K.Gläubigern gegenüber" hat hier, wie in den §§ 12, 132, 135 wesentlich die Bedeutung der Wirkung; die Wirkung erfolgt ebenso wie die gesammte übrige Thätigkeit des Verwalters für die ihm an Stelle des G.Schuldners unterworfene Masse und dadurch für die Zwecke der Gläubiger, aber

immerhin für die Masse des G.Schuldners. Er bleibt also auch hier in der Thätigkeit, den G.Schuldner, nicht die Gläubiger zu vertreten. Konsequent müßte sonst der Verwalter auch in seiner Thätigkeit für die Masse gegenüber einem gegen § 12 veranlaßten Pfand- oder Vorrechte oder bei der Feststellung der K.Forderungen mit Rücksicht auf § 135 nicht den G.Schuldner, sondern die Gläubiger vertreten, was Schultze selbst nicht annimmt. Die Bezeichnung: „den K.Gläubigern gegenüber" dient eben zur näheren Bestimmung und Begrenzung des Umfangs der für alle K.Gläubiger nach § 2 bestimmten Masse. Gerade weil zu diesem Zwecke die Anfechtung sich nicht gegen den G.Schuldner, sondern gegen den Dritten richtet, kollidirt die Vertretung der gesetzlichen Rechte des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse durch den Verwalter auch bei der Anfechtung nicht mit der Möglichkeit seiner Vertretung für den G.Schuldner. Was die Gläubiger demnächst immer aus der Masse erhalten, hat ihnen der G.Schuldner gezahlt. Der Verwalter ändert durch seine Anfechtungsthätigkeit nur die Verwendung der Mittel des G.Schuldners, welche indessen dabei immer seine Mittel bleiben, bez. wieder werden sollen. Rechtsverbindlich bleibt zwar die vom Schuldner mit dem Dritten vorgenommene Rechtshandlung rücksichtlich des Verhältnisses des Dritten zum Schuldner für dessen Beziehungen außerhalb der K.Masse (Schadloshaltung). In diesen Beziehungen hat ihn aber der Verwalter überhaupt nicht zu vertreten; Nachtheile des Schuldners für diese Beziehungen sollen für ihn keine Handlungsnorm sein und eben weil die Rücksicht auf das Interesse des Schuldners außerhalb des Konkurses mit dem Interesse und Rechte des konkursordnungsmäßig sich verhaltenden Schuldners an der K.Masse kollidirt, ist das Letztere und nur dieses seiner Verfügung entzogen und dem Verwalter übertragen. Auf der gesetzlichen Trennung der praktischen Geltendmachung der Rechtssubjektivität des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse und außerhalb derselben beruht die Möglichkeit, daß der G.Schuldner selbst als persönlicher Gegner des Verwalters auftreten kann und zwar nicht nur betreffs der Anfechtung, sondern auch wegen sonstiger Differenzen, vgl. Anm. 2 V. zu § 1 und Anm. 3 zu § 1 Abs. 2. Da die Spaltung der Rechtsgeschäftsgebiete derselben Persönlichkeit gesetzlich gegeben ist, so daß für das eine Gebiet eine gesetzliche Vertretung eintritt, so bleibt diese auch da in ihrem Charakter, wo die beiden Seiten derselben Persönlichkeit äußerlich in Kollisionen kommen, welche unter ihnen zu lösen sind. Und indem der Verwalter den G.Schuldner, wie er handeln mußte und muß, auch gegen den G.Schuldner, wie er gehandelt hat, und handelt, zu vertreten hat, so ist die Rechtsfolge dieser Stellung die, daß der G.Schuldner auch die aus einer solchen Vertretung hervorgehenden Ansprüche zu tragen hat. Auf der Aufgabe des Verwalters, objektiv gesetzmäßig den Interessen des ehrlichen G.Schuldners und der Gläubiger gerecht zu werden, beruht die scheinbare Doppelstellung des Verwalters. Sie löst sich durch die Identität dieser Interessen mit Hülfe des Grundsatzes auf, daß er den G.Schuldner nur hinsichtlich der K.Masse vertritt, ihn jedoch nach Maaßgabe des Gesetzes und im Interesse der Gläubiger zur Erfüllung des K.Zwecks zu vertreten und demgemäß die Masse zu beschaffen und zu verwenden hat. Vgl. Vorb. vor § 50.

Die prozessualischen Konsequenzen der Ansicht, daß der Verwalter bei der Anfechtung die Gläubiger und nicht den G.Schuldner vertreten sollen, würden bedauerlich sein. Vgl. im Einzelnen darüber Anm. 1 zu § 29. Der G.Schuldner würde, insbesondere da es sich um seine K.Masse und um Zurückgewährung zu derselben handelt, er also beim Anfechtungsprozesse unmittelbar betheiligt ist, nach C.P.O. § 358 Nr. 4 als Zeuge nur nach dem Ermessen des Prozeßgerichts vereidigt werden können; und der Anfechtungs-Gegner könnte nach C.P.O. §§ 435, 410 über Thatsachen oder Wahrnehmungen des G.Schuldners niemals dem Verwalter den Eid zuschieben, sondern nur über die, für solche Prozesse in der Regel gleichgültigen Handlungen und Wahrnehmungen der K.Gläubiger, wenn man nicht gegen die Konstruktion der K.O. den G.Schuldner als

Rechtsvorgänger der Gläubiger ansehen will. Das würde bedeuten, dem Anfechtungsgegner für die Hauptmomente des Rechtsstreits die natürlichsten und wesentlichsten Beweismittel zu entziehen und ihn möglichst vertheidigungsunfähig zu machen. Ueber die sonstigen Konsequenzen vgl. Anm. zu § 29.

IV. Die Stellung des Verwalters als lediglichen Vertreters des G.Schuldners wird durch den Entw. I. von 1873 und die Motive zu demselben bestätigt. In den letzteren (S. 15, 16) war positiv erklärt: „Der Entwurf geht von der Ansicht aus, daß der Gemeinschuldner, nachdem ihm Verwaltung und Verfügung entzogen ist, von dem Gemeinverwalter vertreten wird." Dasselbe ist in den Mot. zum E. I. S. 186 insbesondere auch hinsichtlich des Anfechtungsrechts wiederholt. Der E. I. enthielt im Wesentlichen dieselben Bestimmungen, wie die K.O. über dispositive Gläubigerbeschlüsse, über Berichterstattung und Rechnungslegung (E. I. §§ 131, 132), ebenso betreffs der Anfechtung (E. I. §§ 27, 36) und erfordert gleichfalls zu einzelnen Akten die „Genehmigung" bez. die „Zustimmung" eines „Gläubigerausschusses" (E. I. §§ 133, 134). Dem jetzigen § 5 der K.O. war im Abs. 2 (E. I. § 8) eingeschaltet: „zum Zwecke der Befriedigung der Gemeingläubiger", eine Bestimmung, welche schon aus § 2 K.O. folgt, und im § 5 aus einem anderen hier unwesentlichen Grunde fortgelassen ist (vgl. Anm. 3 zu § 5). Ferner war als Abs. 3 im E. I. § 8 hinzugesetzt: „In welchen Fällen und wie der Gemeinverwalter bei Ausübung dieses Rechts an die Zustimmung der Gläubiger gebunden ist, bestimmt das Gesetz". Diese Hinweisung hat die Vork. gestrichen, was sachlich offenbar bedeutungslos ist. Statt des Ausdrucks: „Zustimmung" im E. I. § 134 ist in den §§ 121, 122 K.O. die (auch schon im E. I. § 133 aufgenommene) Bezeichnung: „Genehmigung" gebraucht. Auf diese Unterschiede beschränken sich die Abweichungen der beiden Entwürfe. — Da bei dieser Sachlage die Mot. von 1875 die positive Erklärung der Mot. von 1873 nicht wiederholen, sondern, wie oben bemerkt, die Sache dahingestellt sein lassen, so ist anzunehmen, daß die Vork. die Stellvertretungsfrage nicht prinzipiell entscheiden, sondern dies der „Wissenschaft überlassen" wollte. Die Ersetzung der Bezeichnung „Zustimmung" (consensus), welche noch in stärkerem Maaße die Selbständigkeit des Verwalters den Gläubigern gegenüber betont haben würde, durch den für die verschiedensten Verhältnisse gleichmäßig anwendbaren Ausdruck: „Genehmigung", kann als Zeichen dafür angesehen werden, daß hierdurch die Frage nicht hat entschieden werden sollen. Indeß der Inhalt der beibehaltenen Vorschriften führt, wie gezeigt, zu demselben Resultate, welches in den Mot. von 1873 ausgesprochen war. Vgl. auch Fuchs S. 101.

V. Aus der rechtlichen Stellung des Verwalters folgt: Der G.Schuldner wird gemäß § 5 in Betreff der K.Masse mit der K.Eröffnung „prozeßunfähig" und der Verwalter sein „gesetzlicher Vertreter" im Sinne des § 50 C.P.O. Der Verwalter hat die Prozesse, welche die K.Masse betreffen, zu führen und die Eide darin zu leisten, und zwar als nothwendiges ausschließliches Organ, nicht als gewählter Mandatar. Vgl. C.P.O. § 435, R.O.H. 12, 217; 10, 357. Daher entscheidet auch hinsichtlich der mala fides in Betreff des Besitzes fremder Sachen, welche sich in der K.Masse befinden, für die Zeit nach der K.Eröffnung die Wissenschaft des Verwalters, nicht des G.Schuldners (Dernburg II. § 116 Anm. 6); ebenso in Betreff der Absonderungsrechte an Objekten der K.Masse (Anm. zu § 3). Die Handlungen des Verwalters, welche innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse liegen, berechtigen und verpflichten den G.Schuldner auch nach der K.Beendigung. Vorbem. vor § 50. Dem G.Schuldner wird erworben, was der Verwalter für die Masse erwirbt; der G.Schuldner haftet für Eviktion, wenn die vom Verwalter veräußerten Sachen dem Käufer evinzirt werden. Gegen und für den G.-Schuldner wirken Judikate, welche sachlich gegen und für den Verwalter bezüglich der Aktivmasse ergangen sind. Dernburg II. § 115 Anm. 18.

§ 1.

Das Konkursverfahren[1] umfaßt das gesammte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse).[2]

Der Nießbrauch, welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens an dem Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder nach den Landesgesetzen zusteht, gehört zur Konkursmasse. Aus den Nutzungen kann der Gemeinschuldner die Mittel beanspruchen, welche zu seinem angemessenen Unterhalte und dazu erforderlich sind, um eine gesetzliche Verpflichtung desselben zum Unterhalte seiner Ehefrau oder zum Unterhalte und zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.[3]

Die im § 715 Nr. 5, 8 der Civilprozeßordnung und im § 20 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1877 vorgesehenen Beschränkungen kommen im Konkursverfahren nicht zur Anwendung.[4]

E. I. 1—4. P. 1. 93. 162. 224.

1) Wie das materielle Konkursrecht durch seine Grundsätze die Voraussetzung und Grundlage für die Anwendung des Konkursverfahrens bildet, so ist die Eröffnung des Konkursverfahrens wieder die Voraussetzung der Anwendbarkeit des Konkursrechts. Die Grundsätze des ersten Buches finden — den Fall (landesgesetzlicher) ausdrücklicher Bezugnahme ausgenommen — keine Anwendung, wenn nicht ein Konkursverfahren eröffnet ist (§§ 94 ff.), also weder beim Vorhandensein einer Zahlungsunfähigkeit, eines s. g. materiellen Konkurses ohne Eröffnung desselben, noch bei einer gleichzeitigen Verfolgung eines Schuldners seitens mehrerer Gläubiger oder bei einem Vertheilungsverfahren unter solchen, welches außerhalb eines Konkurses stattfindet. Vgl. C.P.O. §§ 758 ff.

2) Der § 1 begrenzt das Objekt des Konkursverfahrens und damit auch des Konkursrechts. Ueber die scheinbaren und wirklichen Ausnahmen, in welchen nicht das gesammte Vermögen (Universalkonkurs), sondern nur ein Theil (im s. g. Partikularkonkurse) die Konkursmasse bildet, vgl. Vorbem. vor § 193.

I. Die Beschränkung der K.Masse auf das „Vermögen" entspricht der Beschränkung der betheiligten Konkursgläubiger im § 2 auf diejenigen Gläubiger, welche einen „Vermögensanspruch" haben. Unter dem gesammten Vermögen ist nicht der Inbegriff von Sachen, Rechten und Pflichten verstanden, sondern nur das Aktivvermögen (Aktivmasse, „Theilungsmasse", § 107). Dazu gehören alle körperlichen Sachen und alle dinglichen und persönlichen vermögensrechtlichen Ansprüche, einschließlich der Nutzungen und Rechte an solchen Sachen, deren Substanz selbst dem G.Schuldner nicht gehört (an Lehnen, Fideicommissen, Stiftungen, aus dem Nießbrauche ꝛc.) und einschließlich der Sachen und Rechte, welche im Besitze Dritter oder mit Absonderungsrechten Dritter belastet sind.

a) Durch den Begriff des Vermögens ist von der K.Masse ausgeschlossen und vom Konkurse nicht ergriffen die persönliche Thätigkeit und überhaupt die Persönlichkeit des G.Schuldners, wenngleich sie Vermögensquelle sein kann. Was zu seiner Persönlichkeit gehört, selbstredend nicht nur seine natürlichen Gliedmaßen, an welchen er überhaupt kein „Vermögensrecht" hat, sondern auch die ihm angepaßten und zu einem Theile seiner Persönlichkeit ge-

wordenen künstlichen — Zähne, Stelzfüße —, bleibt vom Konkurse unberührt; nicht aber abtrennbare falsche Zöpfe, sofern sie nicht (Perrücken) „unentbehrliche Kleidungsstücke" sind, C.P.O. § 715 Nr. 1., v. Völdernbdorff I. S. 49, 50, Stieglitz S. 3. Frei bleibt dem G.Schuldner auch seine persönliche Thätigkeit. Im Interesse des Konkurszwecks können Verwalter und Gläubiger vom Schuldner Auskunft und Rechenschaft über sein Vermögen fordern, §. 92, und deshalb auch die Leistung des Offenbarungseides verlangen, § 115. Sie können aber nicht fordern, daß er Etwas thut, gewerbliche, technische, künstlerische, geistige oder körperliche Leistungen erfüllt, durch welche Vermögensrechte erhalten oder erworben werden sollen.

b) Durch den Konkurs werden ferner nicht berührt die nicht zu den Vermögensrechten des Schuldners gehörigen Rechtsverhältnisse und Ansprüche desselben, also seine Statusrechte, ehelich-persönliche Verhältnisse, seine eheliche und väterliche Gewalt, — soweit es sich für dieselbe nicht um die vermögensrechtliche Nutzung und Verwaltung des Vermögens von Frau und Kindern handelt, § 1 Abs. 2, — ferner seine Ansprüche auf die persönliche Behandlung (ärztliche, krankenpflegerische, Unterricht) für ihn selbst und seine Familie; Ansprüche, welche zwar durch Hingabe von Vermögenswerthen erworben werden, für den Erwerber aber einen rein persönlichen, nicht vermögensrechtlich wieder zu verwerthenden Werth haben sollen. Vgl. auch zu II. d.

Für die Frage, ob ein Anspruch zum Vermögen gehört, ist an sich nur erheblich, ob der Inhaber des Anspruchs durch denselben objektiv Geld oder Geldeswerth erlangt. Der Entstehungsgrund ist unerheblich und kann außerhalb oder innerhalb der vermögensrechtlichen Verhältnisse liegen. Abgesehen von der weiteren Einschränkung des Umfangs der Masse zu II. nachst. gehören daher zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen alle Ansprüche aus den Gebieten der dinglichen und Besitz-Rechte, des Obligationenrechts und des Erbrechts; ferner aus dem Familien- und öffentlichen Rechte diejenigen Ansprüche, welche lediglich Geld oder Geldeswerth verlangen.

c) Die Beschränkungen von Vermögensrechten durch Zeit, Bestimmungen, Zwecke bei betagten, bedingten Forderungen des Schuldners, bei Forderungen, welche durch Gegenleistungen des Schuldners beschränkt sind, bei Ansprüchen auf periodische Hebungen u. s. w. hindern an sich nicht ihre Zugehörigkeit zum Vermögen. Die Rechte und Sachen bilden mit den daran haftenden Beschränkungen Theile der Masse. R.G. Bd. 1 S. 386. Ueber Zweckbestimmungen vgl. nachstehend zu II. d. Das unter einer Resolutivbedingung dem G.Schuldner Gewährte gehört sofort zur Masse, wenngleich mit der Verpflichtung, die Bedingungsbeschränkung zu berücksichtigen, also bei Eintritt der Bedingung zurückzugewähren und mit den gesetzlichen Verpflichtungen betreffs der Einwirkung der Betheiligten während des Schwebens der Bedingung. Preuß. L.R. I. 4. §§ 114 ff. Vgl. Anm. 1 zu § 149. Rechte, welche unter einer Suspensivbedingung bewilligt sind, sind (gegen v. Völdernbdorff I. S. 66, 67) schon pendente conditione für den G.Schuldner erworben, also Theil seines Vermögens, wenngleich noch nicht ausübbar; und zwar auch dann erworben, wenn die Bedingung vom Willen oder von der Handlung des Berechtigten abhängt. Windscheid §§ 89 ff. Preuß. L.R. I. 4, §§ 101 ff. Strieth 67, 34. Zu solchen bedingten Ansprüchen gehört auch die Lebensversicherung, sofern sie nicht Recht eines Dritten ist. Kann die, vom Schuldner zu erfüllende, Bedingung oder Gegenleistung mit rechtlicher Wirksamkeit von einem Anderen als dem Schuldner erfüllt bez. geleistet werden, und ist

sie also nur ein, nicht an die Person des Schuldners untrennbar gebundener, vermögensrechtlicher Akt, so kann der Verwalter vermöge der ihm übertragenen Dispositionsbefugniß für den Schuldner erfüllen. Vgl. Anm. 3 zu § 5. Kann die Erfüllung lediglich seitens des Schuldners erfolgen, so ist sie gegen diesen nicht erzwingbar. Erfüllt jedoch der Schuldner zu Gunsten d. K.Masse, so ist das hierdurch unbedingt gewordene Recht immerhin ein Theil seines „Vermögens". Es ist hierbei, wie auch sonst, unwesentlich, daß das Recht von Bedingungen abhängig war, welche nicht oder nicht lediglich vermögensrechtliche Bedeutung haben. Ebenso ist es unwesentlich, daß der G.Schuldner zu Gunsten der K.Masse (Aktivmasse) nach der K.Eröffnung eine Thätigkeit ausübt. Dies kann für die Masse angenommen und genehmigt werden; er kann überhaupt unzweifelhaft der Masse etwas zuwenden. Vgl. Anm. 1 zu § 6. Zu unterscheiden bleibt dabei nur, wieweit er für die Masse oder für sich nach der K.Eröffnung erwerben will oder kann. Vgl. nachst. zu IV.

d) Hinsichtlich des formellen Verfahrens zwischen dem Verwalter und dem G.-Schuldner vgl. nachst. zu V.

II. Die zweite Bedingung für die Bestandtheile der K.Masse ist, daß sie Vermögensobjekte sind, welche „einer Zwangsvollstreckung unterliegen". Dies bestimmt sich in Betreff der prozeßrechtlichen Beschränkungen

a) hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens nach der Landesgesetzgebung, C.P.O. § 757;

b) hinsichtlich des beweglichen Vermögens entscheiden die Vorschriften der C.P.O. §§ 708 ff., 715, 749.

An körperlichen beweglichen Sachen sind nach C.P.O. § 715 von der Zwangsvollstreckung und damit von der K.Masse zu Gunsten des G.Schuldners ausgeschlossen:

„1. die Kleidungsstücke, die Betten, das Haus- und Küchengeräth, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind;

2. die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf 2 Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel;

3. eine Milchkuh oder nach Wahl des Schuldners statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe nebst dem zum Unterhalte und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, sofern die bezeichneten Thiere für die Ernährung des Schuldners, seiner Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind;

4. bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern, sowie bei Hebeammen die zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände;

6. bei Offizieren, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Rechtsanwälten, Notarien und Aerzten die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufs erforderlichen Gegenstände, sowie anständige Kleidung;

7. bei Offizieren, Militärärzten, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten ein Geldbetrag, welcher dem der Pfändung nicht unterworfenen Theile des Diensteinkommens oder der Pension (vgl. nachstehend zu c. Nr. 8) für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termin der Gehalts- oder Pensionszahlung gleichkommt;

9. Orden und Ehrenzeichen;

10. die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche oder Schule bestimmt sind."

Außerdem sind von der Zwangsvollstreckung außerhalb eines Konkurses noch ausgenommen nach C.P.O. § 715 Nr. 5 „bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben, das zum Wirthschaftsbetriebe unentbehrliche Geräth, Vieh- und Feld-Inventarium nebst dem nöthigen Dünger, sowie die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind"; nach C.P.O. § 715 Nr. 8 „die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräthe, Gefäße und Waaren" und nach § 20 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871 (vgl. § 13 Abs. 1 E.G. der C.P.O.) das Inventar der Posthaltereien. Gemäß Abs. 3 des § 1 der K.O. sind diese Objekte indeß von der K.Masse nicht ausgeschlossen. Der Unterschied ist gemacht, weil bei der Einzelpfändung der Schuldner an dem Fortbetriebe seines Geschäftes nicht gehindert werden sollte, bei der K.Eröffnung aber diese Rücksicht gegenüber der Erheblichkeit dieser Objekte fortfällt, wenn nicht ohnehin schon der Fortbetrieb überhaupt aufhört. Mot. 19. Prot. 7, 8, 147. 148.

Die näheren Erklärungen zu den obigen Einschränkungen und ebenso zu den nachfolgenden unter c. gehören zur C.P.O.; vgl. dazu Stieglitz S. 6 ff., v. Völderndorff I. S. 53 ff.

c. Von den Forderungen des G.Schuldners sind nach C.P.O. § 749 der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen:

„1. der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsges. vom 21. Juni 1869 (B.G.Bl. 1869 S. 242 u. 1871 S. 63);
2. die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;
3. die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf;
4. die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen;
5. der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten;
6. das Diensteinkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
7. die Pensionen der Wittwen und Waisen, und die denselben aus Wittwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien sowie die Pensionen invalider Arbeiter;
8. das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten, die Pension dieser Personen nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt.

   Uebersteigen in den Fällen Nr. 7 und 8 das Diensteinkommen, die Pension oder die sonstigen Beträge die Summe von 1500 Mark für das Jahr, so ist der dritte Theil des Mehrbetrages der Pfändung unterworfen.
9. Der Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienst dauernd angestellten Personen (§ 4 Nr. 4 des Reichsges. vom 21. Juni 1869) sind nur

soweit der Pfändung unterworfen, als der Gesammtbetrag die Summe von 1500 Mark für das Jahr übersteigt;

10. die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere, Militärärzte und Militärbeamten sind weder der Pfändung unterworfen, noch bei der Ermittelung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfändung unterliege, zu berechnen."

Ueber die Ausschließung der, vom G.Schuldner erst künftig zu verdienenden Gehälter bez. Dienstbezüge aus der K.Masse vgl. nachstehend zu IV.

Im § 749 Abs. 4 C.P.O. ist in den vorstehend zu Nr. (7) 8 Abs. 2 und Nr. 9 bezeichneten Fällen die Pfändung ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig erklärt, „wenn sie zur Befriedigung der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind." Im Konkurse indeß sind, auch wenn darin solche Alimentenansprüche vorliegen, die Beträge dafür nicht von der K.Masse ausgeschlossen. Dem für alle Gläubiger dienenden K.Zwecke entsprechend, § 2, besteht die K.Masse aus allen Vermögensrechten, welche nicht allgemein für alle Gläubiger von der Zwangsvollstreckung befreit sind. Die für die Einzelnexekution begünstigten Gläubiger haben für ihre Forderungen im Konkurse, soweit sie nur K.Forderungen sind, nur die durch K.O. festgesetzten Rechte, und verlieren also jenes hier nicht aufrecht erhaltene Vorrecht. Hullmann S. 48; Petersen S. 8, 9; Stieglitz S. 11, 12.

d) Außer den vorstehenden, auf positiven prozessualischen Vorschriften beruhenden, Beschränkungen der Zwangsvollstreckung sind ferner von derselben und damit von der K.Masse solche Vermögensrechte ausgeschlossen, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder nach privatautonomischer Bestimmung (Verträgen, letztwilligen Verfügungen) mit verbindlicher Kraft gegen Dritte dergestalt persönlich dem Schuldner allein anhaften, daß sie für Andere, namentlich für dessen Gläubiger, nicht verwerthbar oder verwendbar und auch nicht einmal der Ausübung nach von der Person des Schuldners abtrennbar sind. Dahin gehören usus und habitatio des gemeinen Rechts und die rein persönlichen Rechte des preuß. A.L.R. I. 19 §§ 22, 26 ff. Dagegen ist die Ausübung des Nießbrauchsrechts an sich und sofern nicht durch Vertrag oder letztwillige Verfügung etwas Besonderes vorgeschrieben ist, nach gemeinem Rechte und nach dem preuß. A.L.R. nicht von der Person des Schuldners untrennbar, sondern veräußerlich, wenngleich das Recht selbst unvererblich und unveräußerlich ist, Windscheid § 205, Arndts Pand. § 179. Vgl. Preuß. A.L.R. I. 21 §§ 110, 176. Die Ausübung kann durch den Verwalter erfolgen; und die Nutzungen können und sollen zur Masse gezogen werden, wie die besondere Beschränkung im Abs. 2 die sonstige allgemeine Regel bestätigend ergiebt (vgl. Anm. 3). Auch die Veräußerlichkeit der Ausübung für die gesammte Nießbrauchsdauer kann nicht bezweifelt werden, da das Vermögensrecht, wie es der Gemeinschuldner zur Zeit der K.Eröffnung hatte, begrifflich zur K.Masse gehört. Ausnahme s. Anm. 3.

Hinsichtlich der Ansprüche, welche gesetzlich von der Persönlichkeit des Schuldners nicht als ein reines Vermögensrecht für Dritte abtrennbar sind, entscheidet mit Rücksicht auf die Bestimmung der K.Masse zur Verwerthung durch Dritte, § 2, nicht bloß die Rücksicht, ob der Anspruch objektiv auf einen

Vermögenswerth gerichtet ist, sondern auch die weitere, ob er subjektiv ohne Rücksicht auf die Person bez. Willensbestimmung des Berechtigten für Andere geltend gemacht werden darf. Ist letzteres nicht der Fall, so ist er eben deshalb auch nicht der Zwangsvollstreckung unterworfen. Welche Ansprüche in diesem Sinne zu den persönlichen für Dritte versagten gehören, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Vgl. preuß. A.L.R. I. 9, § 360; I. 11, § 382.

Dies gilt auch insbesondere von dem Rechte auf Anfechtung letztwilliger Bestimmungen. Soweit es rein persönlich ist, gehört es nicht zur K.Masse. Nach preuß. Rechte ist die Pflichttheilsklage zwar an sich vermögensrechtlich und übertragbar, aber nach der Natur und der Begründung der Klage nicht ohne den Willen des Berechtigten auf Dritte, insbesondere auf Gläubiger übertragbar. Striethorst Archiv 43, 276; 46, 335; 63, 235. Entsch. Obertr. 49, 207; 56, 250. Wenngleich die in der letzteren Entscheidung hinsichtlich der Exekutionsformen des preuß. Prozeßrechts geltend gemachten Einwendungen mit Rücksicht auf C.P.O. § 754 nicht mehr zutreffend sind, so bleibt für unsere Frage die persönliche Natur und Begründung der Klage auch jetzt entscheidend. Entsch. 49, 215 ff.

Dasselbe gilt auch von dem Rechte auf Ehescheidungsstrafen bez. auf Abfindung nach der Ehescheidung. Diese Rechte gehören nicht zur Masse, soweit sie nach Landesrecht persönlich sind, also jedenfalls nicht, soweit sie auch auf Erben nicht übergehen. Preuß. L.R. II. 1, §§ 827 ff., Stieglitz S. 5.

Auch für den Widerruf der Schenkung gelten dieselben Grundsätze. Nach preuß. L.R. I. 11 § 1162; Entsch. 11, 256; Strieth. 93, 158; 100, 112 kann das Widerrufsrecht auch von dem Erben ausgeübt werden, indeß wegen Undanks nur bedingt. A.L.R. I. 11 §§ 1157 ff.

Das Urheberrecht an Schriftwerken, Aufführungen von dramatischen und musikalischen Werken, an Werken der bildenden Künste und Photographien nach den Reichsgesetzen vom 11. Juni 1870, 9. und 10. Januar 1876 hängt nach seinem Wesen von der persönlichen Selbstbestimmung des Autors hinsichtlich der Frage, ob das Werk zu veröffentlichen ist, ab. Bis diese getroffen ist, ist das Urheberrecht ein rein persönliches. Ist die Veröffentlichung unzweifelhaft vom Autor beschlossen, so nimmt die Verwerthung des Rechts, welches zufolge dieses Entschlusses kein persönliches mehr bleibt, sondern ein nur vermögensrechtlich verwerthbares sein soll, den Charakter eines solchen an und gehört zur K.Masse. In gleicher Weise wirkt die Willensbestimmung des Autors darüber, ob ein neuer Abdruck erfolgen soll, soweit der Autor darin nicht schon vertragsmäßig gebunden ist. Die Ansprüche aus den schon abgeschlossenen Verträgen und aus Verletzungen von Autorrechten sind ohnehin nur vermögensrechtliche. Vgl. Wächter Autorrecht S. 112 ff., Endemann Komment. S. 14 ff., Dambach Komment. S. 36 ff., Klostermann I. S. 315 ff., Petersen K.O. S. 4, 5, v. Völdernborf I. S 50—53. Lediglich die rechtmäßig gefertigten Vervielfältigungen und die Entschädigungsansprüche aus Verletzungen rechnet Stieglitz S. 3, 4 zur K.Masse; dagegen Wengler S. 56 Anm. alle Manuskripte. — Für das Urheberrecht an gewerblichen Mustern und Modellen, Ges. v. 11. Januar 1876, wird (gegen Stieglitz S. 4) der persönlichen Bestimmung des Autors die gleiche Rücksicht, wie für Schriftwerke, hinsichtlich der Frage der Exekutionsfähigkeit zu gestatten sein.

Ertheilte Erfindungspatente und Ansprüche auf Ertheilung eines solchen (Patentges. v. 25. Mai 1877) sind ihrer Natur nach nicht rein persönlich,

sondern zur Verwerthung bestimmte Vermögensrechte, Stieglitz S. 4, Wengler S. 56.

Hinsichtlich der privatautonomischen Zweckbestimmungen für fortlaufende Einkünfte auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten — preuß. L.R. I. 4 §§ 152 ff.; Dernburg I. § 93; für gem. R.Entsch. 71, 300 — entscheidet C.P.O. § 749 Nr. 3, vgl. vorst. zu II. c. Soweit nicht darnach das durch den Zweck belastete Vermögen ausgeschlossen ist, gehört es als Vermögen des G.Schuldners zur K.Masse und der Dritte, zu dessen Gunsten die Zweckbestimmung dient, ist K.Gläubiger, wobei indeß § 56 Nr. 4 zu berücksichtigen ist. Soweit jedoch der Zuwendende gesetzlich berechtigt ist, die Gläubiger von einer Zuwendung auszuschließen (A.L.R. II. 2 §§ 424, 429; code civ. art. 1981; code de proc. art. 581 Nr. 3), ist diese dadurch ohne Rücksicht auf die prozessualische Vorschrift der C.P.O. § 749 Nr. 3 von der K.Masse ausgeschlossen. Diese prozessualische Bestimmung setzt überhaupt voraus, daß es sich um ein Recht handelt, welches an sich nach seiner Natur und den für solche Rechte bestehenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts dem Exequenden und nicht einem Dritten zusteht. Vgl. Anm. 1 zu v. Wilmowski u. Levy C.P.O. § 749.

e) Aus der Bedingung, daß ein Vermögen vorausgesetzt ist, welches der Zwangsvollstreckung unterliegen soll, und aus dem Zwecke (§ 2), daß dasselbe zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll, folgt zugleich, daß Rechte und Objekte, welche nicht zur Gewinnung eines Vermögenswerths zu verwerthen sind, wenngleich sie an sich zu den Vermögensrechten zu zählen wären, nicht zur K.Masse gehören. Welche Objekte aus diesem Grunde dem G.Schuldner zu belassen sind, ist nach den konkreten Umständen — in der Regel erst bei Beendigung des Konkurses — zu ermessen. § 150, Anm. 1 zu § 149.

III. Zur K.Masse gehört nur Vermögen des Gemeinschuldners, d. h. Vermögensobjekte bez. Rechte, welche er zu besitzen und geltend zu machen berechtigt ist. Der nicht juristisch ausgedrückte Zusatz: „welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Konkurses gehört", dient nur zur Bezeichnung der weiteren Beschränkung zu IV. nachst. und bedeutet: welches Vermögen des G.Schuldners zur Zeit rc. ist. Objekte, welche ihm in diesem Sinne nicht gehören, jedoch in seinem Besitze sind, sind nicht Theile der Masse und müssen „ausgesondert" werden. Die Berechtigten (I. Tit. 4 Vindikanten, s. g. Separatisten ex jure dominii) sind zu unterscheiden von denjenigen, welche besondere Rechte an Vermögensobjekten des G.Schuldners haben und in Folge dieser Rechte aus solchen Objekten „abgesonderte" Befriedigung fordern können (s. g. Separatisten ex jure crediti). Die, solchen Absonderungsrechten unterworfenen, Objekte gehören als Vermögen des G.Schuldners mit zur K.Masse, und sind den für die K.Masse getroffenen Bestimmungen der K.O. unterworfen, soweit nicht durch die Befugnisse der Berechtigten Abweichungen begründet werden, vgl. Anm. zu § 3.

IV. Das Vermögen muß endlich, um zur K.Masse gezogen zu werden, dem G.Schuldner „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens" (vgl. § 100) gehören. Vermögen, „welches er während der Dauer des (Konkurs-) Verfahrens erwirbt", wollte E. I. § 1 übereinstimmend mit § 1 Pr. K.O., § 1208 bayr. P.O., § 728 Bad. P.O. und der franz., belg., engl. und österreich. Gesetzgebung ebenfalls zur K.Masse ziehen; ebenso E. I. § 2 „den Reingewinn aus Geschäften, welche der G.Schuldner nach der Eröffnung des Verfahrens unternimmt." Dies ist jedoch von der Vork. und im E. § 1 gestrichen und ausgeschlossen; nach den Motiven aus Gründen der Billigkeit und aus wirthschaftlichen Rücksichten, weil zum neuen

Erwerbe des an sich handlungsfähig bleibenden G.Schuldners dessen neue Gläubiger berechtigt sind, und weil dem Schuldner die Gelegenheit und der Antrieb zum neuen Erwerbe nicht versagt werden soll. Mot. 19—21. Anträge in der R.K., den Erwerb während des Verfahrens (mit Ausnahme des Erwerbs durch persönliche Thätigkeit) zur K.Masse zu ziehen, und dem Verwalter das Recht einzuräumen, Erbschaften, Vermächtnisse, vermögensrechtliche Anwartschaften, über deren Annahme oder Entsagung sich der G.Schuldner vor Eröffnung des Verfahrens noch nicht erklärt hat, oder welche ihm während des Verfahrens anfallen, an seiner Stelle für die Masse zu erwerben, sind von der R.K. abgelehnt. Prot. 1—3, 145—147.

Die Frage, ob dem G.Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung Objekte bez. Ansprüche schon erworben waren, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Seine, zu dieser Zeit betagten oder suspensiv bedingten, Ansprüche sind ihm bereits erworben, also von der K.Masse nicht ausgeschlossen (Gewinn von gekauften Lotterieloosen bez. Prämienscheinen, Lebensversicherungen). Muß jedoch der Schuldner erst durch seine persönliche Thätigkeit deren Vergütung erwerben, so gehört dieser Erwerb seiner, nicht zu Gunsten der K.Gläubiger mit Beschlag belegten, Thätigkeit nicht zur K.Masse, wenngleich das Verhältniß, durch welches er berechtigt wurde, vermittelst seiner Thätigkeit zu erwerben, schon vorher begründet war. Er erwirbt das hieraus gewonnene Vermögen immerhin erst später und es gehört ihm nicht schon früher im Sinne des § 1. Vgl. Vorb. I. vor § 15.

Dies findet besonders auf Gehälter, Dienstbezüge, Arbeitsvergütungen Anwendung, welche der G.Schuldner verdient. Die in regelmäßigen Perioden zu gewährenden Dienstbezüge werden mit dem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zahlungstage erworben, und sind also für die, nach der K.Eröffnung fallenden Termine nicht zur K.Masse zu rechnen. Pensionen jedoch, für welche eine Thätigkeit nicht noch zu leisten ist, gehören zur K.Masse. Soweit solche Bezüge zur K.Masse gehören, treten dabei die Beschränkungen der C.P.O. § 749 Nr. 7 ff. (vgl. zu II. c.) ein. So auch v. Sarwey S. 9, 501; Petersen S. 11. Die Ansicht von Hullmann S. 50, daß mit Rücksicht auf C.P.O. §§ 733, 734 auch die nach der K.Eröffnung fällig werdenden Gehaltsforderungen und „ähnliche fortlaufende Bezüge" zur K.Masse gehören sollen, übersieht, daß die K.Eröffnung nicht eine exekutivische Pfändung ist, und die Wirkungen nicht mit einer solchen identisch sind, sondern daß durch die Beschränkung auf das Vermögen „zur Zeit der K.Eröffnung" abweichend von den §§ 733, 734 der künftige Erwerb des G.Schuldners ausgeschlossen wird. Vgl. auch Stieglitz S. 16.

Andrerseits will Stieglitz S. 16, 17 die vorstehenden Grundsätze nur auf die im Privatdienst dauernd Angestellten anwenden; nicht aber auf Beamte, weil deren Besoldung eine mit der Verwaltung des Amts verbundene, in der Ernennung zu demselben ihren Rechtsgrund findende, durch die wirkliche Leistung der amtlichen Dienste nicht bedingte Rente sei, mittelst deren der Staat den Beamten eine standesgemäße Alimentirung gewähre. Ebenso v. Völdernndorff I. S. 70, 71. Abgesehen davon, daß die Rechtsbegründung aus der Zeit vor der K.Eröffnung in gleicher Weise für die Privatbeamten zutreffend wäre, wird hierin die im Amtsverhältnisse liegende Wechselbeziehung zwischen der Dienstleistung und den Dienstbezügen verkannt. Der Umstand, daß auch durch Krankheit, Verhinderung und Trägheit die Bezüge nicht sofort entzogen werden, — auch für Privatbeamte gleichmäßig zutreffend — beseitigt nicht die Gegenseitigkeitsgrundlage, wonach die Bezüge dauernd nur in Erwartung entsprechender Dienstleistung gegeben werden und zugesichert sind, also Aequivalent derselben sind. Der offen-

baren Konstruktion der K.O., welche den Erwerb und die Erwerbs-Thätigkeit des G.Schuldners nach der K.Eröffnung von dem Konkurse ausschließt und entsprechend auch die späteren Gläubiger nicht Theil nehmen läßt, § 2, würde es widersprechen, für die Gläubiger die Gegenleistungen in Anspruch zu nehmen, für welche der G.Schuldner noch nach der K.Eröffnung dauernd Leistungen zu gewähren hat. Rücksichtlich der vermögensrechtlichen Bezüge ist das Verhältniß des Beamten zum Staate nach seinem Rechtsgrunde und der ratio legis einem durch die Beamtengesetze und die Ernennung bestimmten zweiseitigen Vertrage analog; so wie im Falle des (allerdings hier nicht anwendbaren) § 15, kann auch vom Staate der Verwalter kein Gehalt zur K.Masse fordern, da er dem Staate das Aequivalent dafür nicht leisten kann. Der Staat könnte nicht einmal eine Konkursforderung geltend machen, Anm. 1 Nr. 2 zu § 2.

Nach dem bürgerlichen Rechte ist auch zu entscheiden, ob dem G.Schuldner Erbschaften und Vermächtnisse schon zur Zeit der Konkurseröffnung oder erst später erworben sind. Nach dem preuß. A.L.R. I. 9 §§ 367, 368, I. 12 § 288 und nach französ. Recht Code civ. art. 724, 777 werden Erbschaften bez. Legate schon durch den Anfall ispo jure erworben. Nach gemeinem Rechte erwirbt der heres necessarius (suus) sowie der Legatar ebenfalls ispo jure durch den Anfall, kann aber durch seine, wenngleich nach einer K.Eröffnung erfolgende Entsagung den Erwerb rückwirkend beseitigen. Der heres voluntarius erwirbt dagegen erst nach dem Anfalle durch seine Willenserklärung (aditio hereditatis); indeß begründet auch für ihn die Delation der Erbschaft schon ein Recht auf den Erwerb und somit ein bereits gegenwärtiges Vermögensrecht, also einen Bestandtheil seines Vermögens, so daß, wenn die Erbschaft nach der K.Eröffnung vom G.Schuldner angetreten wird, wegen der Rückwirkung, welche durch den im Anfalle liegenden Rechtsgrund und durch den Grundsatz der Kontinuität zwischen dem Erblasser und dem Erben begründet ist, die Erbschaft zur K.Masse erworben wird. Celle, Trib.-Entsch. Bd. 6 Nr. 207. Mot. 22. Prot. 170, 1—3. Hullmann S. 50—55; Stieglitz S. 18 ff; Petersen S. 13 ff. Das jus succedendi, Antritt und Entsagung, ist nach röm. R. ein höchst persönliches Recht, also nicht an Stelle des G.Schuldners von dem Verwalter auszuüben. Die abweichende Entscheidung des R.O.H. Bd. 14 S. 345, 350 gründet sich wesentlich auf die preuß. K.O., auf die Anwendbarkeit der K.O., soweit es um sich das Recht zur Vertretung für den G.Schuldner handle, und auf die Grundsätze neuerer Rechtsentwickelung. Soweit hiernach bez. nach partikularem Rechte das jus succedendi als ein nicht blos vom persönlichen Willen des Erben abhängiges, sondern als lediglich vermögensrechtliches Recht anzusehen ist, wird auf Grund des für diese Frage des Rechtserwerbes entscheidenden bürgerlichen Rechts (nicht der K.O.) auch dem K.-Verwalter die Erbantretung an Stelle des G.Schuldners zu gestatten sein. Hullmann a. a. O. Die Erwägung, daß auch sonst nach dem Rechte des Konkursortes als dem persönlichen Rechte des G.Schuldners zu entscheiden sei, wieweit der G.Schuldner handlungsunfähig geworden und in seinem Willen durch den K.Verwalter vertreten werde, R.O.H. 14, 346, findet erst eine Stelle, wenn feststeht, daß nicht die Zulässigkeit des fraglichen Erwerbes durch einen andern als den persönlichen Willen ausgeschlossen ist.

Soweit nun nach dem bürgerlichen Rechte Erbschaften und Legate vor der K.Eröffnung entweder ipso jure durch den Anfall oder durch eine, wenn gleich nach der K.Eröffnung erfolgte, rückwirkende Antretung seitens der dazu Berechtigten erworben ist, gehören sie zur K.Masse, Mot. 21, 22. Hat der G.Schuldner selbst schon vor der K.Eröffnung rechtsverbindlich entsagt, so ist dadurch die Frage

erledigt. Vgl. Anm. 1 zu § 22. Die Entsagung ist indeß nach § 25 No. 1 (auch nach § 24 No. 1) anfechtbar, sofern der K.Verwalter nach dem bürgerlichen Rechte ein Dispositionsrecht über das jus succedendi hat. Mit der gleichen Beschränkung unterliegt die Bestimmung, ob einer erworbenen Erbschaft nach der K.Eröffnung entsagt werden soll, dem Verfügungsrecht des Verwalters, §§ 5, 6, und zwar gemäß § 122 Nr. 2 unter Zustimmung des Gläubigerausschusses bez. der Gläubigerversammlung. Sofern für eine zur K.Masse gehörige Erbschaft die Sicherung der Rechtswohlthat des Inventars nach der K.Eröffnung noch möglich ist, gehört dies zu den Obliegenheiten des Verwalters, für deren Unterlassung er gemäß § 74 verantwortlich sein würde. Mot. 223, 355.

Im preuß. A.L.R. I. 9 § 391 sind in Uebereinstimmung mit der preuß. A.G.O. I. 50 §§ 33 ff. (obgleich die letztere ebenso wie die K.O. an sich zur K.Masse nur das zur Zeit der Eröffnung bestehende Vermögen rechnete) dennoch auch die nach der K.Eröffnung dem G.Schuldner angefallenen Erbschaften und Vermächtnisse demselben zu Gunsten der K.Masse entzogen, und wird zur Gültigkeit der Erklärung des Erben über Annahme und Entsagung die Genehmigung des K.Kurators und des K.Gerichts verlangt. Vgl. Entsch. 5, 351. Diese Vorschriften sind bei der unbedingten ausnahmslosen Fassung des § 1 K.O. aufgehoben. Indeß erweisen diese Vorschriften und die Grundsätze der preuß. K.O. §§ 1, 262, daß das jus succedendi: Entsagung, wie Annahme nach dem preuß. A.L.R. nicht ein rein persönliches Recht des Erben, sondern dem Verfügungsrechte des K.Verwalters unterworfen ist.

Ueber die persönliche Natur der Pflichttheilsklage vgl. zu II. d vorstehend.

Endlich gehört das Anfechtungsrecht zur Erlangung von Werthen bez. Objekten, welche vor der K.Eröffnung veräußert sind, und durch Anfechtung der Veräußerung nach §§ 22–34 zurückgefordert werden können, ebenfalls zur K.Masse. Mot. 145. Dies ist im § 30 ausgedrückt. Ueber die sich hieraus ergebenden Folgerungen vgl. Vorbem. 2 zu III. vor § 1.

V. Die Befreiung des Erwerbes des G.Schuldners nach der K.Eröffnung von der Betheiligung an der K.Masse und die ihm außerhalb der Verfügung über die K.Masse verbleibende Rechts- und Handlungsfähigkeit bietet die Möglichkeit, daß über den späteren Erwerb noch ein zweiter Konkurs eröffnet werden kann, für welchen die K.Gläubiger des ersten nach §§ 1, 11 nicht Gläubiger sind. Sowohl die Ausschließung des ferneren Erwerbes, als auch die absolute Ausschließung der zu I. und II. erwähnten Rechte von jedem Konkurse giebt ferner die Möglichkeit von Differenzen zwischen dem G.Schuldner persönlich und dem ihn hinsichtlich der K.Masse vertretenden Verwalter. Der G.Schuldner hat sich dabei vermöge seiner verbleibenden Rechtsfähigkeit selbst zu vertreten. Der Verwalter braucht seinerseits kein besonderes Streitverfahren anzuregen, sondern kann auf Grund des Eröffnungsbeschlusses exekutivisch verfahren lassen, vgl. Anm. zu § 107. Der G.Schuldner kann dagegen sowohl nach C.P.O. §§ 685, 686 Einwendungen erheben, als auch selbständig betreffs der Zugehörigkeit von Vermögensobjekten zur K.Masse Klage gegen den Verwalter erheben, abgesehen von der nach § 75 zulässigen Beschwerde über den Verwalter beim K.Gerichte.

3) Daß ein dem G.Schuldner zustehendes Nießbrauchsrecht zur K.Masse gehört, ist bereits in Anm. 2 zu II. d bemerkt.

Der Abs. 2 enthält eine Beschränkung der K.Masse hinsichtlich des gesetzlichen Nießbrauchs des G.Schuldners am Vermögen seiner Ehefrau und seiner Kinder. Im E. I. § 2 und im E. § 1 war redigirt: „Der Nießbrauch, welcher dem G.Schuldner während

der Dauer des Verfahrens zusteht, gehört nur soweit zur K.Masse, als er nicht für den angemessenen Unterhalt des G.Schuldners und dazu nöthig ist, um eine — zu erfüllen". Die jetzige Fassung ist von der R.K. bestimmt. Sie stellt fest, daß für die Dauer des Konkurses der Nießbrauch an sich zur K.Masse gehört, also auch die Verwaltung der Nießbrauchgüter dem K.Verwalter obliegt und dem G.Schuldner entzogen ist. Dies ist auch in den Mot. 23 vorausgesetzt und wurde bei der Berathung in der R.K. von den Vertretern des Bundesraths bestätigt. Anträge auf Streichung oder sonstige Modifizirung des Abs. 2 wurden in der R.K. abgelehnt. Prot. 3—5, 145—147. In der P. § 93 ist ebenso ausdrücklich bestimmt, daß „das dem Nießbrauch des G.Schuldners unterworfene Vermögen seiner Ehefrau, so lange das Nießbrauchsrecht des G.Schuldners während des Konkurses dauert, für Rechnung der K.Masse verwaltet" werden soll. Vgl. R.O.H. 12, 218 ff., 222. In den Mot. 23 ist bemerkt: Der Entwurf schlage ein Gleiches vor. — Selbstverständlich gebührt dem Verwalter in Vertretung des G.Schuldner die Verwaltung der Nießbrauchgüter nur soweit, als sie dem G.Schuldner selbst ohne den Konkurs zustehen würde. Streitig ist, ob zur K.Masse hinsichtlich des Abs. 2 nur diejenigen Nutzungen gehören, welche während des Konkurses bezogen werden können, Petersen S. 17; v. Völderndorff I. S. 80; oder ob die an sich veräußerliche Ausübung des Nießbrauchs für die gesammte Zeit seiner Dauer, also bis zum Tode des Nießbrauchers oder der sonstigen Beendigung ein zur K.Masse gehöriges Vermögensrecht bildet, welches auch für die Masse veräußert werden kann, v. Sarwey S. 12, 13; Stieglitz S. 25. Für den Nießbrauch im Allgemeinen, abgesehen vom Abs. 2, muß begrifflich das Letztere behauptet werden, wie in Anm. 2 zu II. d bemerkt ist. Für den Nießbrauch am Vermögen der Ehefrau und der Kinder muß indeß bei der ausdrücklichen Beschränkung des Abs. 2 auf den „während der Dauer des Verfahrens" zustehenden Nießbrauch eine Ausnahme behauptet werden, welche an sich mit Rücksicht auf das diesen Nießbrauch begründende und einer Betheiligung Dritter in höherem Grade widerstrebende Familienverhältniß natürlich und durch die, in den Mot. 23 ausdrücklich als gleichbedeutendes Vorbild in Bezug genommene Vorschrift der P. § 93 bestätigt wird. Die deutlichere und der Rechtsnatur des Nießbrauchs mehr entsprechende oben angegebene Fassung der P. § 93 kommt dadurch dem Abs. 2 zu Gute.

Landesgesetzliche Vorschriften, daß der Nießbrauch am Vermögen der Frau oder der Kinder nicht für Gläubiger verwendet werden dürfe, sind durch den Abs. 2 aufgehoben, Hullmann S. 55; Stieglitz S. 21; hierüber hinaus giebt aber Abs. 2 keine dispositive Vorschrift darüber, daß der Nießbrauch auch noch während des Konkurses fortdauern soll, sondern gilt nur von demjenigen Nießbrauch, welcher nach dem maßgebenden bürgerlichen Landesrechte während des Konkurses besteht. So lange er nach dem bürgerlichen Rechte überhaupt besteht, soll er für die Konkurs-Masse ausgeübt werden. Sofern der Nießbrauch indeß landesgesetzlich schon mit der Konkurs-Eröffnung endet, bewendet es dabei. Prot. 4, Mot. 21 ff. Nach dem preuß. A.L.R. II. 1 § 261 (vgl. §§ 231 ff., 257), II. 2 § 206 (vgl. §§ 156, 168 ff., 205) erlischt der Nießbrauch am Vermögen der Frau, sobald sie dasselbe im Konkurse zurückhält (vgl. Strieth. 18, 104, Entsch. 40, 380 und dagegen R.O.H. 12, 224); am Vermögen der Kinder, mit dem Ausbruche des Konkurses (vgl. Strieth. 49, 153); nach französ. Rechte Code civ. art. 1443 ff., 1563, 384 am Vermögen der Frau, sobald auf Trennung der Güter erkannt ist, und an dem der Kinder ohne Einfluß des Falliments mit dem vollendeten 18. Lebensjahre oder der früheren Emanzipation des Kindes. Nach gemeinem Rechte ist die Frage streitig. Vgl. Hullmann S. 56.

Zu Abs. 2 Satz 2: Die dem Nießbrauche nach dem bürgerlichen Rechte obliegenden Lasten und Kosten bleiben als dessen Beschränkungen folgerecht außer den im Satze 2 Abs. 2 berührten Verpflichtungen. Abgesehen von diesen Verpflichtungen ist im Satze 2

aus den Nutzungen dem G.Schuldner ein Anspruch 1. auf die nöthigen Mittel zur Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtungen zur Unterhaltung bez. Erziehung seiner Frau und seiner Kinder zugestanden, weil das Gesetz diese Verpflichtungen mit dem Genusse der Nutzungen verbindet. „Von den Nutzungen der dos sind die Kosten der Ehe und der Erziehung für die ehelichen Kinder der Frau zu bestreiten, und der Nießbrauch am peculium dient vor Allem dazu, die Kinder, denen das peculium gehört, zu erhalten und zu erziehen. Schon nach bürgerlichem Rechte vermindern also die Nießbrauchslasten und Kosten das Nutzungsrecht des G.Schuldners. Nur den Reinertrag der Nutzungen könnte das Gesetz zur K.Masse ziehen." Motive 23, 24. Etwanige andere Mittel, welche der G.Schuldner zur Erfüllung jener gesetzlichen Verpflichtungen hat, vgl. C.P.O. § 749 Nr. 3, sind mitzuberechnen, um zu bestimmen, welche Mittel „erforderlich sind." Soweit er sie bereits hat, sind sie nicht erforderlich. Indeß berücksichtigt C.P.O. § 749 nur den „nothdürftigen" Unterhalt.

Aus dem Reinertrage gewährt ferner 2. das Gesetz dem G.Schuldner aus Billigkeitsgründen einen Kompetenzanspruch für angemessenen Unterhalt für sich selbst. „Durch die Vorschrift des 2. Abs. wird der Kompetenzanspruch des G.Schuldners begrenzt, sowohl in Ansehung der Gegenstände, in Bezug auf welche, als in Betreff der Personen, für welche der Anspruch erhoben werden kann." Mot. 24. Auch hier sind die Schlußbemerkungen des vorstehenden Absatzes zu berücksichtigen. Inwiefern außerdem nach §§ 118, 120 dem G.Schuldner und seiner Familie Unterhalt und „Unterstützung" gewährt werden soll, ist Sache freiwilliger Gewährung. Da der zweite Satz des zweiten Abs. materielles Recht bestimmt, und dadurch abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts ändert, so kann der G.Schuldner aus den Nutzungen des Vermögens der Kinder auch die Mittel beanspruchen, welche für seinen Unterhalt und für den seiner Frau nöthig sind; ebenso aus den Nutzungen des Vermögens der Frau auch die Mittel zu seinem und seiner Kinder Unterhalte; und zwar ohne Rücksicht auf abweichende Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Indeß sind im zweiten Satze des Abs. 2 ebenso wie im ersten nur eheliche Kinder gemeint, nicht uneheliche, welche von ihrem außerehelichen Vater Alimente fordern können, aber nicht „seine" Kinder sind (A.L.R. II. 2 §§ 612, 639), wie auch der uneheliche Vater keinen gesetzlichen Nießbrauch an ihrem Vermögen hat. Ueber die Rechte unehelicher Kinder im Konkurse vgl. Anm. zu § 2 unter Nr. 3. Wieweit der G.Schuldner eine „gesetzliche" Verpflichtung zur Unterhaltung bez. Erziehung von Frau und Kindern hat, ist natürlich nach den Landesgesetzen zu bestimmen (Preuß. A.L.R. II. 1 §§ 185 ff., II. 2 §§ 64 ff.).

Auf die Mittel, welche Abs. 2 dem G.Schuldner zubilligt, hat er einen Rechtsanspruch; er kann sie „beanspruchen." „Der Gemeinschuldner" hat diesen Rechtsanspruch nach Abs. 2, auch soweit es sich um die Frau und die Kinder handelt, da seine Rechtsverpflichtungen gegen dieselben Grund, Zweck und Maaß seines Anspruchs bilden. Der Anspruch ist gegen die K.Masse gerichtet und geltend zu machen, da er von den zur Masse zu ziehenden Nutzungen einen Theil verlangt; also gegen den Verwalter. Der Anspruch ist für die Masse eine Masseschuld nach § 52 Nr. 1 und 3; wenn begründet, beruht der Grund des Anspruchs darauf, daß der Verwalter zu Unrecht Nutzungen zur K.Masse zieht bez. zurückbehält, und die Masse sich rechtlos zu seinem Schaden sonst bereichert. Der G.Schuldner kann nöthigenfalls auch seinen Anspruch durch Klage gegen den Verwalter verfolgen; worin nur die Konsequenz des ihm gesetzlich bewilligten Rechtsanspruchs liegt. Nicht das K.Gericht als solches, sondern das Prozeßgericht hat darüber zu entscheiden. Auch Hagens erkannte in der R.K. einen klagbaren Anspruch deshalb gegen den Verwalter an. Prot. 5. A.M. v. Völdernndorff I. S. 82. Ueber die Rechtsstellung des Verwalters als Vertreters des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse bei solchen Streitigkeiten vgl. Vorbem. 2 III. vor § 1.

Der gesammte zweite Absatz bestimmt nur hinsichtlich des Nießbrauchs, welcher dem G.Schuldner gesetzlich am Vermögen seiner Frau oder Kinder zusteht. Nießbrauch, welcher ihm nicht auf Grund des Gesetzes, sondern auf Grund von Verträgen, letztwilligen oder anderweitigen einseitigen Verfügungen zusteht, gehört nach Abs. 1 ebenfalls zur K.Masse. Ist derselbe jedoch nach dem privatautonomischen Entstehungsgrunde vollständig zum Unterhalte des G.Schuldners oder seiner Frau oder Kinder bestimmt bez. als jus personalissimum des G.Schuldners konstituirt, so ist er auch vollständig (oder sonst soweit dies geschehen ist) von der K.Masse schon deshalb ausgeschlossen, weil er in soweit der Zwangsvollstreckung nicht unterliegt, vgl. Anm. II. d. Ist andererseits durch Privatautonomie an Vermögensobjekten der Frau oder der Kinder ein Nießbrauchsrecht des G.Schuldners konstituirt, ohne daß dabei derartige Verwendungsbestimmungen oder Ausschließungsrechte begründet sind, so kann ein solcher nicht gesetzlicher Nießbrauch, auf welchen die singuläre Vorschrift des zweiten Satzes nicht Anwendung findet, der K.Masse nicht entzogen und die Kompetenz daraus nicht beansprucht werden. Vgl. Hullmann S. 59. Für eine Ausdehnung der Kompetenz auf den Fall, wenn etwa durch Liberalität eines Testators der Tochter eines G.Schuldners ein Kapital und ihrem Vater, dem G.Schuldner der Nießbrauch davon bedingungslos vermacht wäre, würde die ratio legis umsomehr zweifelhaft sein, als nach den Mot. 24 die persönliche Kompetenz für den G.Schuldner auf „Billigkeit" und die Kompetenz für Frau und Kinder desselben auf die gesetzliche Verbindung der Unterhaltungspflicht mit dem gesetzlichen Nießbrauch gestützt ist. Soweit jedoch durch Verträge, letztwillige oder andere einseitige Bestimmungen nur ein ohnehin gesetzlicher Nießbrauch bestätigt wird oder in der Bestimmung enthalten ist (vgl. A.L.R. II. 2 §§ 156, 168) gilt von diesem Nießbrauche auch der zweite Satz des Abs. 2.

4) Zum Abs. 3 vgl. Anm. 2 II. b.

§ 2.

Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben (Konkursgläubiger).[1]

E. I. 5. P. 2.

1) Während § 1 die objektive Seite des Konkursanspruchs der K.Gläubiger bestimmt, begrenzen die §§ 2—4 die subjektive Seite der Gläubiger, welchen als „Konkursgläubigern" der Konkursanspruch hinsichtlich der K.Masse zusteht. Der Ausdruck: „Die Konkursmasse dient" u. s. w. bedeutet nach der Sprache der deutschen Justizgesetze und da eine zu befolgende legislatorische Vorschrift gegeben werden soll: sie muß dienen bez. verwendet werden. Vgl. z. B. § 3 Abs. 2: „erfolgt"; desgleichen Anm. 2 zu § 39. Die im § 2 gegebene Zweckbestimmung der Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung für alle Konkursgläubiger stellt hierdurch den, für die gesammte K.O. durchgreifenden Grundsatz des Konkursanspruchs der K.Gläubiger auf, worüber das Nähere in den Vorbem. 1 vor § 1 bemerkt ist; und bestimmt grundsätzlich diejenigen, welche als solchergestalt berechtigte Konkursgläubiger gelten sollen. Nach der K.O. und zwar nach § 2 sind die Voraussetzungen zu beurtheilen, welche für einen Gläubiger vorhanden sein müssen, damit er als K.Gläubiger beim Konkurse betheiligt sein kann. Ob diese Voraussetzungen vorhanden sind, ist für jede derselben nach dem in den Rechtsbegriffen des § 2 vorausgesetzten und in dieser Beziehung nicht geänderten bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Demnach muß I. die Forderung eine „persönliche" Forderung „an den Gemeinschuldner," also eine obligatorische, eine

Schuldforderung sein und als solche geltend gemacht werden. Zu den K.Gläubigern gehören daher nicht diejenigen, welche ein Recht auf „Aussonderung" der nicht zur K.Masse gehörigen Sachen und Rechte geltend machen, Tit. 4; auch nicht diejenigen, welche ein Recht auf „abgesonderte" Befriedigung aus einzelnen Objekten der K.Masse beanspruchen, soweit sie nur dies Recht verfolgen. § 3 und Tit. 5. Aus- und Absonderungsansprüche sind außerhalb des K.Verfahrens zu verfolgen und kann für solche dinglichen Ansprüche hinsichtlich der betroffenen Objekte vollständige Erfüllung erstrebt werden. Sofern die dinglichen Absonderungsberechtigten zugleich eine persönliche Forderung an den G.Schuldner haben, können sie diese nach näherer Vorschrift des § 57 (vgl. Anm. dazu) als K.Gläubiger geltend machen. Hinsichtlich der persönlichen Forderungen ist es für ihre Eigenschaft als K.Forderung gleichgültig, auf welchem Rechtsgrunde sie beruht, ob auf einem Rechtsgeschäfte, einem Rechtszustande, oder einer Rechtsverletzung.

II. Die Forderung muß ferner ein „Vermögensanspruch" und zwar gemäß § 62 „auf Geld gerichtet oder in eine Geldforderung verwandelt sein oder wenigstens in Geld geschätzt oder verwandelt werden können", und in der That in ihrem Geldschätzungswerthe geltend gemacht werden, §§ 2, 62. „Ansprüche gegen den G.Schuldner auf Leistung oder Unterlassung einer individuellen, von seiner Person untrennbaren Handlung, welche einen Vermögenswerth nicht darstellt, oder eine Schätzung nicht zuläßt", müssen „dem K.Verfahren fremd bleiben." Mot. 25. Die Ausscheidung solcher Ansprüche folgt aus dem Zwecke der K.Masse. Sie würden nach C.P.O. §§ 773, 774 nur mit einer gegen die Person des G.Schuldners gerichteten Zwangsvollstreckung verfolgt werden können, der Geltendmachung als Interesseforderung C.P.O. § 778 nicht zugänglich sein, und können deshalb in dem, lediglich zur Befriedigung von Gläubigern aus der K.Masse dienenden K.Verfahren keine Stelle finden.

In Folge dieser Voraussetzung scheiden aus den K.Forderungen auch Ansprüche aus, durch welche nicht ein Objekt aus dem Vermögen des G.Schuldners verlangt wird. Ansprüche, wodurch aus der Masse ein darin befindliches, aber nicht zum Vermögen des G.Schuldners gehöriges Objekt verlangt wird, — wenngleich auf Grund einer persönlichen Forderung z. B. Leihvertrag, Prekarium — sind Aussonderungsansprüche, vgl. § 35 und Anm. 1, 4 dazu. — Vorausgesetzt ist ferner, daß der Anspruch an sich klagbar geltend gemacht werden kann. Vgl. über den Begriff des Anspruchs Windscheid Bd. 1 § 43 und v. Wilmowski und Levy C.P.O. § 136 Anm. 1. Die s. g. natürlichen (nicht klagbaren) Verbindlichkeiten, begründen keinen „Vermögensanspruch" (Windscheid §§ 287—289), also auch keine K.Forderung, wenngleich sie im Konkurse zur Kompensation geltend gemacht werden können. — Dagegen erfordert § 2 nicht, daß für den Vermögensanspruch bereits ein konkretes Klagerecht vorhanden sein muß; die an sich, wenngleich nicht sofort klagbaren Ansprüche können als K.Forderungen geltend gemacht werden ohne Rücksicht auf ihre Beschränkung durch spätere Fälligkeitszeit (§ 58) oder durch Bedingungen (§§ 59, 60, 142 ff., 155), vgl. P. § 15, R.O.H. Bd. 7 S. 345. Gemäß der hiermit zusammen hängenden ferneren Beschränkung unter der nachfolg. Nr. III. sind nur solche Forderungen ausgeschlossen, welche von einer durch den G.Schuldner zu erfüllenden Suspensivbedingung abhängen.

Inwieweit Forderungen für Handlungen des G.Schuldners (abgesehen davon, daß nach Obigem negativ der Anspruch auf nicht fungible Handlungen des G.Schuldners überhaupt ausgeschlossen ist) positiv als K.Forderungen geltend gemacht werden können, ist ebenfalls nur unter Berücksichtigung der nachfolgenden Beschränkung unter Nr. III. zu erörtern.

III. Die Forderung muß weiter, um K.Forderung zu sein, „ein zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeter Vermögensanspruch" sein. Erforderniß

ist „das Bestehen der Forderung, nicht blos eines Schuldverhältnisses zur Zeit der Eröffnung". Ferner: „aus dem Verluste des Verfügungsrechts des G.Schuldners (§ 5) folgt, daß eine Forderung, soweit sie erst nach diesem, also nach Eröffnung des Verfahrens durch eine Handlung des G.Schuldners entstanden, umgestaltet oder vollendet worden ist, von der Theilnahme an der Masse ausgeschlossen werden muß." Mot. 26. Ausgeschlossen sind alle Forderungen unter einer aufschiebenden Bedingung, deren Erfüllung auf eine Thätigkeit des G.Schuldners gestellt ist; denn „jede Rechtshandlung, welche der G.Schuldner nach der K.Eröffnung vornimmt, ist in Bezug auf die K.Gläubiger nichtig (§ 6); die Erfüllung der Bedingung durch ihn vermag daher eine K.Forderung nicht zu erzeugen". Mot. 279 zu § 60. Die Masse kann durch eine spätere Thätigkeit des G.Schuldners wachsen (Anm. 2 I. zu § 1), jedoch nicht durch Schaffung neuer Schulden vermittelst der Thätigkeit des G.Schuldners zum Schaden der damaligen Gläubiger gemindert werden. Zwar wollen Petersen S. 271, 272 und v. Völdernndorff I. S. 577, 578 diesen Einfluß der Thätigkeit nur beschränkt gelten lassen; Völdernndorff: die durch die Thätigkeit des G.Schuldners bedingte Forderung soll als bedingte K.Forderung gelten, sofern sie nicht lediglich durch das Wollen des G.Schuldners bedingt sei, und Petersen: sofern eine Rechtshandlung, welche eine Verfügung des G.Schuldners über die K.Masse enthalte, nicht in Frage sei, oder wenn dem G.Schuldner ein Recht nur für den Fall seiner Thätigkeit oder Unthätigkeit von einem Andern z. B. Erblasser eingeräumt, für den Kontraventionsfall jedoch einem Dritten (bedingten Gläubiger) eine Forderung an den G.Schuldner zugebilligt sei und die K.Forderung auf der Zuwiderhandlung des G.Schuldners nach der K.Eröffnung beruhe. Indeß alle Thätigkeiten des G.Schuldners, durch welche Rechte hinsichtlich der K.Masse geändert werden, nicht bloß solche, welche über die Aktivmasse verfügen, sondern auch Handlungen zur Veränderung der Passivmasse, sind Rechtshandlungen im Sinne des § 6 und vom § 6 im Interesse der K.Gläubiger betroffen. Für die Schaffung neuer K.Gläubiger oder für die Ergänzung ihrer Ansprüche zur Geltendmachung im Konkurse können sie auch dann nicht wirksam sein, wenn sie diesen gegenüber rechtswidrig sind.

Insofern dagegen eine, schon vor der Eröffnung begründete, Forderung ohne Zuthun des G.Schuldners erst später hinsichtlich der Art und der Höhe (in quali et quanto) festgestellt oder erst später perfekt werden kann und wird, ist sie immerhin als K.Forderung zu berücksichtigen. Mot. 26, Prot. 8.

Nach diesen in der Fassung des § 1 ausgedrückten und bei der Gesetzesberathung allseitig anerkannten Grundsätzen ist das Vorhandensein des ohne fernere Thätigkeit des G.Schuldners genügenden Grundes der Forderung zur Zeit der K.Eröffnung nöthig; aber auch hinreichend, ohne daß der Anspruch zu dieser Zeit bereits fällig bez. klagbar zu sein braucht.

Aus der Anwendung dieser Grundsätze auf Ansprüche für (fungible) Handlungen des G.Schuldners, welche an sich zur Begründung einer K.Forderung fähig sind, ergiebt sich positiv, daß als K.Forderungen Ansprüche für Handlungen, deren Vornahme im Sinne des § 773 C.P.O. durch einen Dritten erfolgen kann, sowohl dann zu gelten haben, wenn eine Umwandlung des Anspruchs in einen Geld- (Kosten-) Anspruch betreffs der Vornahme durch einen Dritten gemäß § 773 oder in einen Interessenanspruch, § 778, zur Zeit der K.Eröffnung bereits erfolgt ist, als auch, wenn der Anspruch alternativ auf Leistung der Handlung seitens des G.Schuldners oder auf Bewirkung durch einen Dritten gerichtet ist, und ebenso, wenn überhaupt ein Interesse- bez. Entschädigungsanspruch gegen den G.Schuldner zur Zeit der K.Eröffnung begründet war oder mit der K.Eröffnung durch die Nichterfüllung des G.Schuldners in Folge der K.Eröffnung begründet wird. Vgl. Anm. 5 zu § 21. (Die Begrenzung bei v. Sarwey S. 17 und v. Völdernndorff I. S. 88, 96, 97 ist zu eng.) Insofern indeß aus der mora des G.-

Schuldners Ansprüche geltend gemacht werden sollen, muß die mora als Grund des Anspruchs zur Zeit der K.Eröffnung schon eingetreten sein. Vgl. R.O.H. 22, 273.

Ebenso sind nach dem Obigen zu den K.Forderungen solche Forderungen zu rechnen, welche zu ihrer Perfektion nur eine mit Rechtswirkung zulässige Thätigkeit eines Andern, als des G.Schuldners erfordern; so der Anspruch aus einem, vom G.Schuldner vor der Eröffnung gegebenen Blanko-Accept, welchem der Gläubiger erst nachher seine Unterschrift als Trassant beifügt (Mot. 26. Vgl. R.O.H. 21, 324, 327 ff., Strieth. 60, 292); der Anspruch aus einem, vom G.Schuldner vorher unterschriebenen Vertrage, welchem der andere Kontrahent erst später seine eigene schon vorher verabredete Unterschrift beifügt (vgl. preuß. A.L.R. I. 5 §§ 185, 116 ff.).

Desgleichen sind zur Zeit der K.Forderung bereits „begründet" und K.Forderungen: sowohl die Forderungen, deren Wiederbeseitigung vom Eintritte einer Resolutivbedingung abhängt, vorbehaltlich der Sicherung der K.Masse für den Fall der Beseitigung, §§ 59, 155 Nr. 4; als auch Forderungen, deren Wirksamkeit von einer aufschiebenden Bedingung abhängt, sofern letztere nicht vom G.Schuldner zu erfüllen ist, §§ 60, 142. Zu solchen, als K.Forderungen zulässigen bedingten Forderungen gehören namentlich auch die Rückgriffsrechte von Bürgen und Mitschuldnern. Insbesondere gilt dies von den bedingten Forderungen im Wechselverkehr. Zur Zeit der K.Eröffnung entstanden, wenngleich nur bedingt, ist der civilrechtliche Anspruch des Acceptanten, welcher für den G.Schuldner aus Gefälligkeit vorher einen Wechsel acceptirt hat und erst nachher ihn einlöst (Strieth. 44, 173), ebenso der Anspruch eines Indossanten, welcher einen von ihm vor der K.Eröffnung begebenen, und vor derselben vom G.Schuldner acceptirten Wechsel zufolge seiner eigenen Regreßpflicht nach der K.Eröffnung wieder eingelöst hat. Anm. 1 zu § 60, Anm. 2, 6 zu § 47. Maßgebend als Zeit der Entstehung ist für die Ansprüche gegen den Aussteller eines (eignen oder gezogenen) Wechsels die Zeit der Ausstellung (nicht unbedingt das Datum des Wechsels); für Ansprüche gegen Indossanten die Zeit der Indossirung, für Ansprüche gegen den Acceptanten eines gezogenen Wechsels die Zeit der Acceptirung. Fallen diese maßgebenden Entstehungszeiten vor der K.Eröffnung, so ist der Anspruch des legitimirten Wechselinhabes entstanden, auch ohne Rücksicht, ob der geltend machende Wechselinhaber selbst oder ein früherer Inhaber (Remittent oder Indossant) zur Zeit der K.Eröffnung den Wechsel hatte, da durch das Indossament alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar übergehen Wechs.O. Art. 10, R.O.H. 24, 1. Vgl. Strieth. 39, 136; 36, 130; 52, 303; dagegen Strieth. 23, 321. Entsch. 35, 204. R.O.H. 17,336, 406.

Von der Unzulässigkeit der Thätigkeit des G.Schuldners nach der K.Eröffnung, um eine K.Forderung zu begründen, sind die Fragen zu unterscheiden, wieweit der G.Schuldner und bez. der Verwalter befugt sind, durch ihre Thätigkeit eine Forderung der Konkursmasse zu begründen bez. in ihren Erfordernissen zu vervollständigen. Vgl. Anm. 2 I. zu § 1 und Anm. 3 zu § 5.

Ob bei periodisch wiederkehrenden Leistungen, Renten u. dergl., zu welchen der G.Schuldner verpflichtet ist, die erst nach der K.Eröffnung fällig werdenden Raten als K.Forderungen zu gelten haben, hängt nach Obigem davon ab, ob das Recht darauf zur Zeit der K.Eröffnung schon derartig bestand, daß die einzelnen Raten nur betagte Leistungen desselben Gesammtanspruchs sind bez. nur von Suspensivbedingungen abhängen, welche der G.Schuldner nicht zu erfüllen hat und welche auch nicht nur dem G.Schuldner persönlich gegenüber zu erfüllen sind, oder ob der Anspruch auf die einzelnen Leistungen, wenngleich auf Grund desselben Schuldverhältnisses, jedesmal durch besondere Voraussetzungen der Zukunft erst erworben werden muß. Der Anspruch auf Zinsen, welche für den Gebrauch des Geldes oder der Sache bez. für die Versäumung der Zahlung zu zahlen sind, (A.L.R. I. 11 §§ 803, 868, 109, 110; I. 16 § 64)

entsteht demgemäß erst mit dem jedesmaligen Zeitablaufe von Neuem; ebenso der Anspruch auf Conventionalstrafen, welche pro Tag, Woche, Monat etc. der Verzögerung festgesetzt sind. Hinsichtlich aller Zinsen nach der K.Eröffnung ist durch § 56 Nr. 1 die Unzulässigkeit der Geltendmachung positiv vorgeschrieben.

Einer besonderen Erörterung bedarf die streitige Frage, ob Alimentationsansprüche an den G.Schuldner K.Forderungen sind. Als direkte Entscheidung der K.O. sind hinsichtlich der Ansprüche der „Familie" des G.Schuldners die Vorschriften darüber anzusehen, ob und unter welchen Bedingungen die Familienglieder Unterhalt oder Unterstützung aus der Konkursmasse erhalten sollen oder können, §§ 1, 118, 120, C.P.O. § 749 Nr. 3. Durch diese Vorschriften ist ausgeschlossen, daß die Angehörigen der „Familie" in anderem Umfange oder in anderer Weise als Konkursgläubiger Alimentationsansprüche geltend machen können. Sie können also auch nicht eine Sicherstellung oder Reservirung eines Theils der Konkursmasse für künftige Unterhaltung fordern. Concursus non alit infantes. Petersen S. 29, 30; v. Sarwey S. 16; Hullmann S. 63; Wengler S. 75; Stieglitz S. 31. Anderer Ansicht ist allein von Völderndorff I. S. 94, 95, ohnehin übersehend, daß es auch nach § 2 nicht genügt, wenn das Schuld- (Familien-) Verhältniß vor der K.Eröffnung bestanden hat, sondern daß die frühere Begründung der Forderung nöthig ist, vgl. Mot. 26. Alimentationsabfindungsansprüche solcher Familienglieder werden nur in solchen Fällen als K.Forderungen zu berücksichtigen sein, wenn sie durch einen rechtsverbindlichen Akt des G.Schuldners vor der K.Eröffnung als förmliche Gläubigerforderung z. B. für die Frau durch Vertrag nach Trennung der Ehe, für Eltern oder Kinder durch einen Gutsüberlassungsvertrag konstituirt sind. Die geschiedene Frau des G.Schuldners gehört übrigens an sich nicht mehr zu seiner Familie, und finden hinsichtlich ihrer Ansprüche daher überhaupt die sonstigen allgemeinen Grundsätze Anwendung.

Hinsichtlich sonstiger Alimentationsansprüche ist eine direkte Entscheidung weder in der K.O. noch in den Mot. ausgesprochen. Die Mot. 25 bemerken: „Entscheidend kann nur sein, ob eine nach bürgerlichem Rechte begründete Forderung auf laufenden Unterhalt, sei sie durch ein Zustandsverhältniß oder durch Vertrag oder letzten Willen oder durch eine unerlaubte Handlung begründet, die oben (zur Nr. 1 und 2) aufgestellten Bedingungen und eine dritte erfüllt, nämlich ob sie zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens, wenn auch bedingt und betagt, so doch als vorhanden gelten, oder ob man annehmen muß, daß sie erst durch den Zeitablauf jedesmal von Neuem entsteht. Diese Frage hat aber nicht das Konkursrecht, sondern das bürgerliche Recht zu beantworten." Daß die Frage nach dem bürgerlichen Rechte zu beantworten ist, beruht darauf, daß dasselbe überhaupt für das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 2 K.O. entscheidend ist. Indeß das bürgerliche Recht hat für diese Fragen — abgesehen etwa von Partikularbestimmungen — keine positive direkte Entscheidung; die Antwort ist aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entnehmen.

Hinsichtlich der auf dem Verwandtschaftsverhältnisse beruhenden gesetzlichen Alimentationsverpflichtung gegenüber den Verwandten außerhalb der „Familie" (vgl. §§ 118, 120) ist zu berücksichtigen, daß zwar das veranlassende Familienverhältniß schon vorher bestanden hat, die Forderung aber nur gegen einen zur Alimentation Dritter vermögender Schuldner und auch gegen diesen nur mit dem jedesmaligen Eintreten des Bedürfnisses für den zu Alimentirenden entsteht. Dessen Ansprüche für künftige Alimentirung sind also nicht als K.Forderungen geltend zu machen. Vgl. Günther Konk. S. 23, Seuffert Arch. Bd. 10 Nr. 262, 324, Goltd. S. 73, Wengler S. 75, Preuß. A.L.R. II. 3 §§ 14 ff., 19 II. 2 §§ 251 ff., Entsch. 23, 297. Daß nach der preuß. Deklar. v. 21. Juli 1843 G.S. S. 296 das Unvermögen nur als Einwendung des Beklagten geltend zu machen, und nicht sein Vermögen von Bedürftigen nachzuweisen

ist, entscheidet nur positiv über die Beweislast und ist daher für die begriffliche Bestimmung der Zeit der Begründung der Forderung nicht maßgebend. Abweichend will v. Völderndorff I. S. 94, 95 auch hier den Gesammtalimentationsanspruch als K.Forderung zulassen. Vgl. dagegen Petersen S. 30; Stieglitz S. 31. — Ein Alimentationsanspruch für die Vergangenheit ist als solcher und abgesehen von einem besonderen Rechtsgrunde vom Bedürftigen nicht geltend zu machen; in praeteritum non vivitur. v. Sarwey S. 15, 16; Wengler S. 75, 76.

Eine Urtheilsentscheidung, welche lediglich die allgemeine Alimentationspflicht bestimmt, ändert hierin nichts, da sie nur das zur Begründung der Forderung noch nicht genügende Schuldverhältniß feststellt und die für die konkrete Forderung nöthige gesetzliche Voraussetzung des Bedürfnisses dabei bestehen bleibt. Sind dagegen durch rechtskräftiges Urtheil dem Alimentationsberechtigten bestimmte Beträge zugesprochen, so hat das Urtheil einen besonderen für sich wirkenden Rechtsgrund gegeben, actio judicati, und die Forderung für die Zukunft kann dann aus demselben als bedingt begründet (§ 60) geltend gemacht werden. Petersen S. 30, 31; v. Sarwey S. 16; v. Völderndorff I. S. 95; Stieglitz S. 32. Abweichend will Hullmann S. 62 auch einem solchen Urtheil keinen Einfluß beimessen.

Für die, auf letztwilligen Verfügungen Anderer (nicht des G.Schuldners, vgl. § 56 Nr. 4), auf Verträgen oder Handlungen beruhenden Alimentationsverpflichtungen ist dagegen in Ermangelung besonderer Anordnungen nicht anzunehmen, daß sie erst mit dem Bedürfnisse jedesmal neu entstehen und nur im Falle eines entsprechenden Vermögens des G.Schuldners geltend gemacht werden können. Sie entstehen durch die begründenden Verträge, Verfügungen bez. Handlungen und sind als betagte bez. bedingte K.Forderungen anzusehen. Ob die Handlungen Delikte, oder Quasidelikte sind oder ohne solchen Charakter die Verpflichtung begründen, ist für die Zeit der Begründung und somit für die Qualität als K.Forderung unerheblich. Die nach dem Reichshaftpflichtgesetze vom 7. Juni 1871 (§ 7) als Ersatz für künftigen Unterhalt oder Erwerb zugebilligte Rente ist durch präsumirtes oder erweisliches Verschulden, §§ 1, 2, begründet und ist daher als Gesammtanspruch bedingte K.Forderung; die Zulässigkeit der Aenderung der interimistisch festgesetzten Rente, § 7 Abs. 2, hat nur auf den Umfang des Eintritts der Bedingung, nicht auf die Zeit der Begründung Einfluß.

Was von Handlungen, gilt auch da, wo die außereheliche Schwängerung gesetzlich nicht als Delikt oder Quasidelikt angesehen wird, für die jedenfalls durch die frühere Handlung des Beischlafs begründeten Ansprüche eines außerehelichen Kindes gegen den außerehelichen Vater, welche auch vom Obertr. zu Berlin (Strieth. 70, 90) als bedingte Ansprüche anerkannt sind. Abweichend wollen Stieglitz S. 31, Petersen S. 30, 31 und Hullmann S. 63 für uneheliche Kinder dieselben Grundsätze anwenden, welche oben für die gesetzlichen, auf Verwandtschaftsverhältnissen beruhenden Alimentationsverpflichtungen bemerkt sind. Indeß soweit das bürgerliche Recht für uneheliche Kinder ein Familienverhältniß derselben zu ihrem Erzeuger ausschließt (A.L.R. II. 2 § 639), ist nicht ein solches rechtsbegründend, und fällt damit auch die für ein solches zur Begründung einer Forderung nöthige fernere Voraussetzung des jedesmaligen Eintritts des Bedürfnisses fort. Für die Forderung begründend ist vielmehr die Handlung des Beischlafs und das Bedürfniß ist durch den Fortfall des Familienverhältnisses zum Erzeuger ein für Allemal im Voraus gegeben, auch für das preuß. A.L.R. II. 2 §§ 612 ff. selbst dann nicht Voraussetzung der Verpflichtung, wenn die Mutter des Kindes vermögend ist (§ 631). Vgl. Strieth. 70, 90. Ueber die Praxis in Sachsen vgl. Wengler S. 75, 76.

Unbestritten kann in allen Fällen ein Dritter, welcher vor der K.Eröffnung damalige begründete Alimentationsverpflichtungen des Schuldners erfüllt hat, seine hierdurch vorher begründeten Ersatzansprüche als K.Gläubiger geltend machen.

Die Forderung der Gerichtskasse für Gerichtskosten ist den obigen Grundsätzen entsprechend eine K.Forderung, wenn sie zur Zeit der K.Eröffnung begründet, obgleich noch nicht fällig war. Sie ist in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen nach dem Ger.-Kost.-Ges. vom 18. Juni 1878 §§. 86 ff., 81 ff., 91 ff. begründet, wenn Kosten einem Theile durch gerichtliche Entscheidung auferlegt oder von ihm durch eine, vor dem Gerichte oder an das Gericht abgegebene, Erklärung übernommen sind; für Vorschüsse, wenn sie in Gemäßheit des Gesetzes erfordert sind, Mot. S. 100 zu §§ 81—84 a. a. O. Die Rechtskraft des Urtheils hat auch in Strafsachen nach § 96 a. a. O. nur auf die Fälligkeit der Kostenforderung Einfluß; und wenn nach §§ 497 Abs. 2, 503 Abs. 1 der Nachlaß des Verurtheilten nicht für die Kosten haften soll, falls derselbe vor eingetretener Rechtskraft stirbt, so wird dadurch die Kostenforderung außer einer betagten nur noch eine bedingte; was der Eigenschaft einer K.Forderung ebenfalls keinen Eintrag thut. Gegenüber den bestimmten Vorschriften des G.K.Ges. ist die Entsch. d. Obertr. Bd. 43 S. 474, welche sich auf die preuß. K.O. und das allgemeine öffentliche Interesse bei Untersuchungen stützend lediglich die Auffassung bestreitet, daß die Kostenpflicht schon durch die Verübung des Verbrechens entstanden sei, überhaupt nicht mehr zutreffend. Vgl. Petersen S. 25. — A.M. Hullmann S. 62; Sarwey S. 18; Stieglitz S. 33. — Wegen des Anspruchs einer Partei auf Kostenerstattung vgl. § 55 Nr. 1 und Anm. dazu.

IV. Ob sich ein Gläubiger, dessen Forderung nach dem Vorstehenden eine K.Forderung ist, thatsächlich bei dem Konkurse betheiligt und seine Forderung anmeldet, begründet für seine Eigenschaft als K.Gläubiger keinen Unterschied. Die in der K.O. für K.Gläubiger gegebenen Vorschriften sind für und gegen ihn auch anwendbar, wenn er sich nicht betheiligt. Dies wird besonders für die §§ 10, 11 und für den Zwangsvergleich §§ 160 ff. wichtig. — Andererseits können nach der positiven Vorschrift des § 56 K.O. die daselbst bezeichneten Forderungen im K.Verfahren nicht geltend gemacht werden, obgleich die Gläubiger zu § 56 Nr. 3, 4 und theilweise wohl auch Nr. 1 begrifflich zu den Konkursgläubigern gehören. Vgl. Anm. 1 zu § 56.

§ 3.

Ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, kann nur in den von diesem Gesetze zugelassenen Fällen geltend gemacht werden.

Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren.[1)]

E. I. 4. P. 2. 38. 263.

1) Welche Gläubiger einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen, zur K.Masse gehörenden Gegenständen haben, ist in den §§ 39—45 und E.G. §§ 11 bis 17 bestimmt. Abs. 1 schließt materiellrechtlich bestimmend alle anderen Gläubiger von einem Rechte auf abgesonderte Befriedigung im Konkurse aus. Die Landesgesetzgebung kann auch nicht andere Absonderungsrechte neu bestimmen. Die vor dem 1. Oktober 1879 erworbenen Absonderungsrechte, welche als solche nach der K.O. bestehen bleiben, sind auch für ein späteres K.Verfahren zu berücksichtigen. E.G. § 11. Die vor dem 1. Oktober 1879 erworbenen Rechte, welche als Absonderungsrechte nach der K.O. nicht wirksam sind, behalten nur insoweit noch eine Wirkung, als die Landesgesetzgebung innerhalb der Grenzen des E.G. §§ 12, 13 ihnen ein Vorrecht (nicht ein Absonderungsrecht) bewilligt.

Im Gegensatze zu den Aussonderungsberechtigten, welche für sich Sachen oder Rechte beanspruchen, die nicht zur K.Masse gehören, beanspruchen die Absonderungsberechtigten

Rechte an „Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören." Im Gegensatze zu den K.Gläubigern, welche ihr Recht gegen die gesammte K.Masse geltend machen und insbesondere auch zu den bevorrechtigten, deren Vorrecht hinsichtlich der ganzen K.Masse besteht, beanspruchen die Absonderungsberechtigten ein im Umfange ihres Rechts die K.Gläubiger und die K.Masse ausschließendes Recht an einzelnen Masse-Objekten, so daß sie hinsichtlich dieser vor allen K.Gläubigern, auch vor den Bevorrechtigten, zu befriedigen sind.

Abs. 2 scheidet das Verfahren behufs der Befriedigung der Absonderungsberechtigten vollständig aus dem Konkursverfahren aus, mit welchem es noch in der P. §§ 38, 137, 150, 221, 223 Nr. 1, 266 ff. verbunden war. Die Mot. heben hervor, daß die Absonderung des Verfahrens zur Befriedigung der Realgläubiger und sonstiger Separatisten ein wesentlicher Schritt zur Vereinfachung und Richtigstellung des Verhältnisses der Kategorien der Gläubiger ist. Aus der Doktrin des 17. und 18. Jahrhunderts von der Universalität des Konkurses wurde gefolgert, daß Jeder, welcher vom Kridar aus irgend einem Grunde etwas zu fordern hatte, am Konkursverfahren betheiligt wurde. In Folge dessen bildete sich, durch die stillschweigenden, die generellen und die privilegirten Hypotheken des römischen Rechtes veranlaßt, die gemeinrechtliche Fünfklassen-Eintheilung aus. Einl. § 1. Die Betheiligung der Realgläubiger neben den persönlichen Gläubigern benachtheiligt jedoch beide Klassen, schädigt die Realgläubiger durch die Deckung der Pfandstücke für Konkurskosten und Masseschulden, verzögert ihre Befriedigung unter Verletzung ihrer dinglichen Rechte und entzieht ihnen unter gleicher Verletzung Besitz, Verwaltung und Verfügung, verwirrt durch gemeinsame Verwaltung der Erlöse die Resultate, und zwingt auch die persönlichen Gläubiger oft unnöthig, mit ihrer Befriedigung aus der Generalvertheilung bis nach der für sie meistens resultatlosen Verwerthung von schwer verwerthbaren Pfandobjekten zu warten. Im Gegensatze zu dieser Vermischung verfolgt die K.O. den Grundsatz des römischen, des älteren deutschen, und des englischen Rechts, welcher auch in der preuß. und österreich. K.O. größtentheils schon wiederhergestellt ist: die Real- und andere absonderungsberechtigten Gläubiger außerhalb des Konkurses zu lassen. Mot. 26—29.

Die für die abgesonderte Befriedigung haftenden G e g e n s t ä n d e wollte E. I. §§ 4, 56 noch als „Sondermassen" von der „Gemeinmasse" absondern, und zur letzteren nur fließen lassen, was nach Befriedigung der Separationsberechtigten und der, die Sondermasse betreffenden Kosten übrig bleibt. Der E. beläßt jedoch die Gegenstände als Theil der „Konkursmasse". Die Mot. bemerken: „Es giebt blos eine Konkursmasse. A b g e s o n d e r t i s t n u r d a s V e r f a h r e n z u r B e f r i e d i g u n g der Pfandgläubiger. Die Pfandstücke gehören dem G.Schuldner und zur K.Masse; sie sind der Verfügung des G.Schuldners entzogen; der Verwalter übt dieselbe an dessen Stelle aus; die Realgläubiger haben ihre Ansprüche daher gegen den Verwalter geltend zu machen; es ist dies selbstverständlich, ebenso wie es keiner besonderen Vorschrift bedarf, daß der Verwalter das Verfügungsrecht nur unbeschadet der Rechte der Realgläubiger ausüben darf. Und weil die Pfandstücke zur K.Masse gehören, können neue Gläubiger, deren Forderungen nach der K.Eröffnung entstehen, Ansprüche auf dieselben nicht geltend machen und aus gleichem Grunde muß der nach Berichtigung der bestandenen Pfandansprüche verbleibende Rest für die K.Gläubiger verwendbar gemacht werden." „Was von den Realgläubigern gilt, greift auch bei den übrigen Absonderungsberechtigten durch." Mot. 30, 31.

Die praktische Behandlung der einem Absonderungsrechte unterworfenen Gegenstände gestaltet sich nach der K.O. demnach folgendermaaßen:

I. Wenn der Absonderungsberechtigte seinen Anspruch g e l t e n d macht: Der Verwalter hat an Stelle des G.Schuldners dessen Verpflichtungen gegen die Absonderungsberechtigten insoweit zu erfüllen, als er ihnen die Befriedigung aus den Gegenständen

und zwar nach dem Maaße ihrer Rechte, wie wenn kein K.Verfahren schwebte, gestatten muß, sofern er nicht durch gütliches Uebereinkommen oder durch Befriedigung deren Ansprüche beseitigt. Die Berechtigten können gegen den Verwalter auf Feststellung ihrer Ansprüche klagen, ihre Befriedigung durch Zwangsvollstreckung in die betroffenen Objekte verfolgen, auch soweit sie dazu gegen den G.Schuldner berechtigt wären, durch außergerichtliche Veräußerung. Da das Verfahren außerhalb des Konkurses fällt, so beantworten sich auch nach den außerhalb des Konkurses geltenden allgemeinen Vorschriften die Fragen, ob sie auf Grund eines exekutivischen Titels oder schon auf Grund des Verzuges, ob sie gerichtlich oder außergerichtlich, sofort oder erst nach Fristen Befriedigung suchen können. Die für K.Forderungen gegebenen Vorschriften der §§ 58—60, insbesondere das Eintreten der Fälligkeit betagter Forderungen durch den Konkurs, finden für diese Ansprüche, soweit sie nicht als K.Forderungen geltend gemacht werden, keine Anwendung. Soweit Rechte auf außergerichtlichen Verkauf, auf Uebernahme der Sachen zu bestimmten Preisen oder zum Taxpreise bez. ein pactum commissorium gültig begründet sind, bleiben sie als Bestandtheile des dinglichen Rechts in Kraft. Vgl. l. 16 § ult. D. de pign. 20, 1. l. 81 pr. D. de contr. emt. 18, 1. Code civ. 2078. Preuß. A.L.R. I. 20 §§ 29—34, H.G. Art. 310, Entsch. 15, 249; 65, 38; 67, 183, R.O.H. 7, 65. Die Berechtigten bleiben im Besitze des Pfandes und brauchen sich im Konkurse nicht zu melden, um aus den ihnen haftenden Objekten ihre Befriedigung zu erlangen; sie sind für diesen Anspruch nicht Konkursgläubiger und nehmen an deren Beschlüssen und Abstimmungen nicht Theil; die für ihre Ansprüche eingeleiteten Zwangsvollstreckungen haben, durch den Konkurs nicht beeinflußt, ihren Fortgang. Anm. 5 zu § 11.

Das Verfahren behufs der Befriedigung der Berechtigten, sowohl ein etwaniger Prozeß zwischen ihnen und dem Verwalter, als eine Zwangsvollstreckung und eine Befriedigung durch Selbsthülfe oder durch andere Behörden, soweit solche gesetzlich zulässig ist, wird, weil vom K.Verfahren „unabhängig", nicht durch das K.Gericht geleitet, sondern erfolgt vor den Behörden, welche auch dann zuständig sind, wenn kein Konkurs schwebt.

Soweit jedoch die Objekte oder deren Werth zur Befriedigung der Berechtigten nicht nöthig sind, gehören dieselben zur Befriedigung der K.Gläubiger nebst der übrigen K.Masse. Aus diesem Grunde müssen sich andererseits die Berechtigten gefallen lassen, daß der Verwalter selbst den Zwangsverkauf veranlaßt, §§ 116, 117, Mot. 29, 30, 347, vgl. §§ 108—110. Der Verwalter ist indeß nicht verpflichtet, hinsichtlich der Absonderungsgegenstände irgend etwas zu veranlassen, Anm. 1 zu § 116, und kann andererseits, wenn er es im Interesse der Masse rathsam findet, durch Befriedigung der Berechtigten die Gegenstände einlösen, § 121 Nr. 2.

II. Wenn der Absonderungsberechtigte einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nicht erhebt, so erfolgt keinerlei Absonderung. Der Verwalter hat das Objekt (auch dann „natürlich unbeschadet der auf ihm lastenden Ansprüche", Mot. 30), wie die anderen Gegenstände der K.Masse zu verwalten und zu verwerthen. Die Pfand- und Absonderungsrechte geben keine Veranlassung, von Amtswegen die Gegenstände abzusondern und die abgesonderte Befriedigung zu bewirken. Mot. 30. Der Umstand jedoch, daß der Verwalter das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des G.Schuldners ausübt (§ 5), also nicht mehr Rechte hinsichtlich der Objekte hat, als dieser, und daß er die auf den Objekten lastenden Absonderungsverpflichtungen respektiren muß, verpflichtet ihn, daß er für die Beachtung der Rechte der Absonderungsberechtigten sorgen muß, soweit sie ihm bekannt sind. Weil sie, unabhängig vom K.Verfahren jederzeit, also auch erst nach einer vielleicht schon vom Verwalter veranlaßten Veräußerung, ihre Rechte geltend machen können, muß der Verwalter an Stelle des G.Schuldners die Ansprüche nicht nur in Betreff des Erlöses der Sache gegen sich bez. gegen die K.Masse gelten lassen, sondern auch

an Stelle des G.Schuldners für eine, ohne Berücksichtigung der Separationsrechte erfolgte, Disposition Gewähr leisten. Die im Falle einer solchen Disposition des Verwalters für die Berechtigten entstehenden Ansprüche sind Masseschulden, § 52 Nr. 1; wie auch ohne eine solche ihre Ansprüche sich gegen die Masse richten. Zur Vermeidung der Anwendung des § 159 haben sie daher nöthigenfalls den Verwalter von ihren Ansprüchen zu benachrichtigen. Ihre Ansprüche sind jedenfalls Rechtsansprüche; wenn Hullmann S. 64 vom Verwalter billige Rücksicht verlangt, um nicht durch ungebührliche Beschleunigung der Verwerthung den Berechtigten die Gelegenheit zur Wahrnehmung ihrer Interessen zu entziehen, so ist damit wohl nur gemeint, daß er auch, abgesehen von der pflichtmäßigen Berücksichtigung ihrer Rechte seine Befugnisse aus § 116, 117 mit billiger Rücksicht anwenden soll.

Indeß wird diese Gewährleistung bez. Erfüllungspflicht, soweit sie den Verwalter und die Masse betrifft, durch den Umstand, daß der Verwalter nicht lediglich die vermögensrechtliche Persönlichkeit des G.Schuldners vertritt, sondern mit **seinem** Wissen und seinem Ermessen als Vertreter kraft Gesetzes nach den Vorschriften der K.O. zu handeln hat, dahin modifizirt, daß nicht die Wissenschaft des Schuldners, sondern die des Verwalters selbst für diese Gewährleistungspflicht maßgebend ist. Vgl. Anm. zu § 5 und Vorbem. 2 vor § 1 am Schlusse. Wenn der Verwalter ohne Kenntniß von den Ansprüchen des Berechtigten das Objekt veräußern ließ, so wird sich der Anspruch des Letzteren nur auf den Erlös bis zur Höhe seiner Forderung richten können. § 52 Nr. 1, 3. Ist in Unkenntniß des Anspruchs die K.Masse bereits vertheilt, so ist ein Anspruch an die K.Masse nicht mehr durchführbar und findet in dieser Beziehung § 159 Anwendung. Der Berechtigte kann dann nur an den G.Schuldner sich halten.

Der Verwalter kann auch im Falle zu II. statt die Veräußerung zu veranlassen, davon überhaupt Abstand nehmen, oder den Gegenstand mit der in Folge des Absonderungsrechts ruhenden Belastung veräußern. Ueber das Verhältniß der Berechtigten, wenn sie zugleich persönliche Gläubiger des Schuldners sind und in dieser Eigenschaft sich als Gläubiger betheiligen, vgl. Anm. 1 zu § 57.

§ 4.

Ausländische Gläubiger stehen den inländischen gleich.[1]

Unter Zustimmung des Bundesraths kann durch Anordnung des Reichskanzlers bestimmt werden, daß gegen die Angehörigen eines ausländischen Staates und die Rechtsnachfolger derselben ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werde.[2]

E. I. 6. P. 3.

1) Ueber das Verhältniß der K.O. zum Auslande und zu Ausländern vgl. §§ 4, 42, 49, 207, 208 und Einl. § 4. Zum Inlande gehören die im § 1 der deutschen Reichsverfassung genannten Staaten nebst Elsaß-Lothringen. Prot. zu G.V. S. 139. Ausländer ist Jeder, welcher nicht im Sinne des Reichsges. vom 1. Juni 1870, B.G.Bl. S. 355 (vgl. Reichsverfassung vom 16. April 1871 Art. 3, R.G.B. S. 65, und Ges. von demselben Tage § 2, G.G.B. S. 63) Reichsangehöriger ist. Vgl. G.V. §§ 18 ff., Mot. 456, 457, Ges. vom 21. Juni 1859 § 39. Insoweit es sich um Akte außerhalb des K.Verfahrens, namentlich um die Anstrengung besonderer Prozesse handelt, kommen die desfallsigen Vorschriften zur Anwendung, vgl. C.P.O. §§ 18, 53, 102 ff., G.V. §§ 18 ff.

Im Abs. 1 ist der Grundsatz für die Gleichbehandlung der ausländischen Gläubiger im Verhältnisse zu den inländischen ausgesprochen. Ausnahmen davon sind in Abs. 2

und in den §§ 207, 208 enthalten. Die §§ 42, 49 treten, gleichmäßig für inländische und ausländische Gläubiger geltend, der Ausnutzung eines abweichenden ausländischen Rechts zum Schaden der K.Masse entgegen.

Der Grundsatz des Abs. 1 gilt für den Konkurs über Inländer sowie über Ausländer. Er bedeutet, daß der Ausländer als K.Gläubiger nicht wegen seiner Nationalität ungünstigeren oder anderen Regeln unterworfen sein soll, als der Inländer. Dagegen enthält Abs. 1 keine Bestimmung darüber, daß für Ausländer auch nur inländisches Recht, oder nur die K.O. anwendbar sein soll. Die Frage, welches Recht, ob inländisches oder ausländisches anzuwenden sei, ist gleichmäßig für Ausländer und Inländer nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über die Anwendbarkeit und Kollision örtlicher Rechte zu entscheiden. Nach diesen Grundsätzen entscheidet das Recht des Konkursgerichts, also für uns die K.O. einerseits als das persönliche Recht des G.Schuldners über die Handlungs-, Verwaltungs- und Prozeßvertretungsfähigkeit des G.Schuldners bez. des Verwalters, R.O.H. 14, 346; preuß. A.L.R. Einl. § 23, vgl. Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 22 S. 516, 831; andererseits als das Gericht des Verfahrens über die Voraussetzungen und Formen der K.Eröffnung und Beendigung, über den Einfluß der K.Eröffnung auf die bestehenden Rechtsverhältnisse, über die Zulässigkeit und die Formen der Geltendmachung von Gläubigerrechten, und über ihre Rangordnung, während das bürgerliche Recht, je nach dem maaßgebenden Orte („Sitz" der Obligation 2c.) ausländisches oder inländisches Recht, darüber entscheidet, welche Rechte eines Gläubigers zur Zeit der K.Eröffnung bestanden haben, vgl. Vorbem. 1 vor § 1.

2) Die Vorschrift, daß die Wiedervergeltung nicht als nothwendige Richtschnur von jedem Richter angenommen werden muß, sondern nur als Ausnahme in den Grenzen des Abs. 2 zulässig ist, beruht auf dem Gedanken, daß es „dem fortschreitenden Geiste internationalen Verkehrs nicht entspricht, den Grundsatz der Wiedervergeltung als zwingendes Recht festzuhalten" und daß das nicht ganz zu entbehrende Mittel der Vergeltung nur „als Gebot der Politik, als völkerrechtliches Mittel der Einwirkung auf einen fremden Staat" zu verwenden ist. Diesem Gedanken entsprechend soll die Anordnung des Vergeltungsrechts nicht eine Ministerialjustiz für einen einzelnen Fall einführen, sondern eine allgemeine Maaßregel sein, welche in der Regel alle Angehörige eines fremden Staates treffen würde. Mot. 32. In der R.K. war beantragt, den Abs. des § 4 zu streichen, eventuell das Vergeltungsrecht anwendbar zu erklären, soweit Gegenseitigkeit nicht bestehe. Die Anträge sind jedoch einerseits in Anerkennung der Nothwendigkeit, die Wiedervergeltung als politisches Mittel zu benutzen, andererseits zur Vermeidung der Unsicherheit in der Feststellung der Gegenseitigkeit abgelehnt. Prot. 8, 9, 196—200.

Nach den Mot. 32 soll die Bedeutung des Abs. 2 nicht dahin gehen, daß nur eine solche allgemeine Anordnung getroffen werden könne, daß unbedingt alle Angehörigen eines ausländischen Staats und alle Rechtsnachfolger derselben davon betroffen werden müßten, und man wird diese Auslegung um so mehr annehmen müssen, als nach der ratio legis jedenfalls inländische Universalsuccessoren von der Wirkung auszunehmen sein werden.

Eine dem Abs. 2 gemäß erlassene Anordnung hat, die gehörige Verkündigung vorausgesetzt, Reichsverf. Art. 2, allen Gerichten und Betheiligten als Rechtsnorm zu gelten.

„Daß durch die Vorschrift des § 4 nicht in die bestehenden oder zukünftigen Staatsverträge mit ausländischen Staaten eingegriffen werden soll, versteht sich von selbst." Mot. 32, 463. Die Staatsverträge sind indeß ebenso selbstverständlich als Gesetze für die Gerichte und die Betheiligten nur unter der Voraussetzung der reichs- bez. landesverfassungsmäßig (je nachdem sie vom Reiche oder von einzelnen Bundesstaaten geschlossen sind) erfolgten Erlassung und Verkündung zu beachten. Die Verträge, welche einzelne Bundesstaaten unter einander geschlossen haben, sind durch die Reichsjustizgesetze

aufgehoben und ersetzt, bez. für den Konkurs durch die K.O. und durch G.V. §§ 157—169 ersetzt. Das deutsche Reich hat mit ausländischen Staaten noch keine Verträge betreffs der Konkursbehandlung geschlossen. Ueber das Uebereinkommen von Preußen mit Oesterreich vgl. Anm. 1 zu § 207. Ueber die Verträge von Württemberg mit der Schweiz vgl. Stieglitz S. 38, Anm.

§ 5.

Mit der Eröffnung des Verfahrens[1)] verliert der Gemeinschuldner die Befugniß, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.[2)]

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt.[3)]

E. I. 7. 8. P. 4.

1) Nachdem im § 1 das Objekt der K.Eröffnung, die K.Masse, und in den §§ 2—4 die Rechtssubjekte, in deren Interesse sie erfolgt, die K.Gläubiger, bestimmt und begrenzt sind, spricht § 5 den leitenden Grundsatz für die Wirkungen des Verfahrens (nebst dem Mittel zur Erreichung des Konkurszwecks) aus: die Beschlagnahme des die K.Masse bildenden Vermögens des G.Schuldners zur Erreichung des Konkurszwecks (§ 2) durch die Einsetzung eines Verwalters. Vgl. Dernburg II. § 114. Nach allen drei Richtungen ist der Zeitpunkt der Konkurseröffnung entscheidend. Ihre Wirkung tritt mit dem im § 100 bezeichneten Momente ein, ohne Rücksicht auf eine Zustellung oder Bekanntmachung an den G.Schuldner oder an Andere. Der Grundsatz des § 5 Abs. 1 gilt natürlich nur, soweit die K.O. nicht selbst Abweichungen bestimmt. Dies ist theils darin geschehen, daß einzelne Wirkungen z. B. hinsichtlich der Anfechtbarkeit, der Kompensationen und vorläufiger Sicherheitsmaßregeln schon für frühere Zeitpunkte bestimmt sind, theils dadurch, daß die Konsequenzen der Wirkungen für einzelne Rechtshandlungen (§§ 6, 7) modifizirt sind.

Die im § 5 K.O. ausgesprochene Hauptwirkung, der Verlust der Verfügungsberechtigung des G.Schuldners tritt mit dem Zeitpunkte der K.Eröffnung von Rechtswegen ein. Im P. § 4 war dies ausdrücklich gesagt. Auch im E. I. § 8 war bestimmt, daß mit diesem Zeitpunkte die Wirkungen des Verfahrens „von Rechtswegen" eintreten. Dies gilt auch für die K.O. und ist (von der Vork.) nur deshalb gestrichen, weil es selbstverständlich ist, da es „unzweifelhaft, daß alle Wirkungen, welche das Verfahren auf die materiellen Rechtsverhältnisse ausübt, von Rechtswegen eintreten müssen und daß es weder zum Eintritt der einen oder anderen Wirkung eines besonderen richterlichen Ausspruchs bedarf, noch daß es statthaft ist, diese oder jene Wirkung durch richterliches Befinden abzuändern oder zu beseitigen." Mot. 33. Daher kann sich kein Betheiligter, weder der Schuldner, noch ein Gläubiger, noch ein Dritter hinsichtlich der Wirkungen der K.Eröffnung betreffs des Verlustes des Verwaltungs- und Verfügungsrechts für den G.Schuldner darauf berufen, daß ihm die K.Eröffnung nicht bekannt gemacht oder geworden sei. Jeder muß sie unbedingt gegen sich gelten lassen, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen statuirt. Vgl. Anm. 1 zu § 6.

Im E. I. § 7 war noch hinzugesetzt, daß mit jenem Zeitpunkte die Wirkungen „im ganzen Umfange des Bundesgebiets sich in gleicher Weise äußern." Dies ist jetzt durch § 1 des E.G. ausgedrückt, daß die K.O. „im ganzen Umfange des Reichs" in Kraft tritt. „Es kann daher nirgend ein, zur K.Masse gehöriger Vermögensgegenstand oder Theil zurückbehalten, und noch weniger über einen solchen ein besonderes K.Verfahren eröffnet werden aus dem Grunde, weil derselbe in einem anderen Bundesstaate befindlich ist. Ohne Rücksicht darauf, in welchem Rechts- oder Staatsgebiete das Verfah-

ren eröffnet wird, finden die sämmtlichen Vorschriften der K.O. auf alle anderen Rechts- oder Staatsgebiete Anwendung. Dies gilt namentlich von dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners und den anderen Beziehungen desselben zur K.Masse." Mot. von 1873 S. 38. Vgl. Einl. § 4 und Vorbem. 1 vor § 1.

2) Der Schuldner wird durch die K.Eröffnung nicht absolut rechts- oder handlungsunfähig. Er verliert nur sein Verfügungs- und Verwaltungsrecht über die Konkursmasse. Seine späteren Handlungen oder Erklärungen haben nicht die Wirkung, die Rechte der Gläubiger hinsichtlich der K.Masse zu beeinflussen. Die Vorschrift des § 5 Abs. 1 dient und wirkt als Sicherungsmaßregel, behufs der Sicherung der Masse für den Konkursanspruch der Gläubiger gegen den G.Schuldner selbst, wie gegen Dritte, welche mit ihm später noch verhandeln. Vgl. Anm. 1 Abs. 2. Der G.Schuldner bleibt jedoch auch Eigenthümer des zur K.Masse gehörigen Vermögens und verliert kein materielles Vermögensrecht daran; es ist deshalb absichtlich hier „sein Vermögen" genannt. Prot. 9; Vorbem. 1 vor § 1 und Vorbem. vor § 50. Diesem entsprechend sind im Grundbuche nicht blos die dem G.Schuldner zur Zeit der K.Eröffnung gehörigen Grundstücke fortdauernd als die seinigen (unter Vermerkung der K.Eröffnung in Abth. II) zu bezeichnen, sondern folgerichtig auch die durch den Verwalter für die Masse erworbenen (aufgelassenen) bez. durch Anfechtung zurückerworbenen unter gleicher Bezeichnung der aus der K.Eröffnung folgenden Dispositionsbeschränkung in Abth. II. Vgl. Preuß. Ausf.-Ges. vom 6. März 1879 § 15; Grundbuchordnung § 91. Wallmann deutsche Juristenzeitung 1880 Bd. V. 134.

Der G.Schulder verliert demnach nur seine Handlungsbefugniß hinsichtlich der K.Masse und auch in Betreff dieser gemäß § 6 nur hinsichtlich der Wirkung seiner Handlungen insofern, als seine Handlungen nicht den K.Anspruch der K.Gläubiger verletzen dürfen. Schultze a. a. O. S. 28, 29, 45. Er wird nicht handlungsunfähig und noch weniger rechtsunfähig und kann auch während des Konkurses als rechtsfähig sich selbst persönlich verpflichten. Er kann selbst den K.Gläubigern (auch Einzelnen) gegenüber verbindlich Verpflichtungen übernehmen (z. B. volle Bezahlung zu leisten), welche jedoch auf die K.Masse keinen Einfluß haben. R.O.H. 21, 194. Er kann namentlich Verpflichtungen dahin übernehmen, daß diese ihre Wirkung nach dem Konkurse haben, R.O.H. 13, 93 und kann schon während des Konkurses wegen der ihm für die Zeit nach dem Konkurse obliegenden Verpflichtungen verklagt werden. Vgl. Anm. 5 zu § 129. Er bleibt vollständig verfügungsfähig hinsichtlich der Rechte, welche nicht Vermögensrechte sind und hinsichtlich derjenigen Vermögensrechte, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen und deshalb nicht zur K.Masse gehören, oder erst nach der K.Eröffnung von ihm erworben werden, R.O.H. 12, 104, insbesondere auch hinsichtlich der rein persönlichen Rechte (so des Rechts, ob er das Pflichttheil wählen bez. eine testamentarische Bestimmung wegen Pflichttheilsverletzung anfechten will. Entsch. 56, 260. Strieth. 63, 235). Der Kridar kann sich wechselmäßig verpflichten, Strieth. 34, 328; 57, 267; Verträge schließen (Mieths-Pachtverträge, Verträge mit einem Hausarzte u. s. w.) und daraus auch während des Konkurses klagen und verklagt werden, Strieth. 41, 360, 47, 162; 52, 5; 75, 30. Entsch. 61, 441.

Sofern rechtsgültig Vermögensgegenstände, welche begrifflich zur K.Masse gehören, schon während des K.Verfahrens dem G.Schuldner freigegeben werden (etwa als uneinziehbare Forderungen, für die Masse werthlose Objekte, Anm. 2 II. e zu § 1), hat der G.Schuldner auch hierüber das Verfügungsrecht. Der Stellung des Verwalters entspricht es indeß nicht, vor der Beendigung des Konkurses einen Bestandtheil der Masse dem G.Schuldner positiv freizugeben, um sich nicht eine etwa spätere Verwerthung unmöglich zu machen; auch wenn er im Interesse der Gläubiger eine sofortige Verwerthung bez. Verfolgung unterlassen zu müssen glaubt. Vgl. Anm. 1 zu § 149. Ist er ge-

nöthigt, es nicht blos bei der Unterlassung bewenden zu lassen, sondern sich (wegen Deliberations-, Verjährungs- oder anderer Fristen, wegen Provokationsklagen oder schwebender Prozesse, vgl. § 8 Abs. 2) zu entscheiden, so kann er auf die Geltendmachung der Rechte für die K.Masse mit dem Vorbehalte verzichten, daß der G.Schuldner sie für sich geltend machen kann. Hat der Verwalter indeß rechtsverbindlich ohne Vorbehalt verzichtet oder sein Verfügungsrecht durch einen Vergleich ausgeübt, so ist der G.Schuldner zufolge des Verfügungsrechts des Verwalters daran gebunden und bleibt kein Recht mehr zu seiner Verfügung. Hullmann S. 72, 73, Stieglitz S. 43.

Da der Verwalter nach Obigem nicht gesetzlich an die Stelle der Gesammtpersönlichkeit des G.Schuldners tritt, so ist auch der an die Wohnung bez. das Geschäftslokal des G.Schuldners als Bezogenen oder Domiziliaten geknüpfte Formalakt des Wechselprotestes nicht beim Verwalter, sondern bei dem G.Schuldner zu erheben. R.O.H. 24, 22, (Plenarentscheidung). Abweichend war früher in R.O.H. 22, 423 und Entsch. 62, 353 die Protesterhebung gegen den Verwalter für zulässig erachtet und ist sie in Seuffert Arch. 21, 320 vom obersten Gerichtshofe zu Wien beim Verwalter für nothwendig erklärt. Dem § 5 Abs. 1 entsprechend ist das bisherige Geschäftslokal des G.Schuldners im Sinne des Art. 91 Wechsel.O. auch nach der K.Eröffnung noch "sein„ Geschäftslokal, sofern nicht das Geschäft inzwischen geschlossen ist. R.G. 2, 23.

Hinsichtlich der Einwirkung der K.Eröffnung auf bürgerliche, politische und Ehren-Rechte vgl. Vorb. 2 vor § 188.

3) Die Rechtsstellung des Verwalters als gesetzlichen Verwalters des G.Schuldners hinsichtlich des zur K.Masse gehörigen Vermögens behufs gesetzlicher Befriedigung seiner K.Gläubiger ist bereits in der Vorbem. 2 vor § 1 näher erörtert. In Folge der Beschränkung der Vertretung auf das Vermögensrecht hat der Verwalter den G.Schuldner nur in seinem vermögensrechtlichen Willen zu vertreten, nicht jedoch insoweit, als zur Erwerbung oder Ausübung von Rechten nach dem bürgerlichen Rechte der selbsteigene persönliche Wille des G.Schuldners nöthig und eine Vertretung durch Andere überhaupt ausgeschlossen ist. Nur wenn diese Vorfrage dahin zu entscheiden ist, daß es sich um eine nicht rein persönliche Befugniß, sondern um ein durch Vertretung geltend zu machendes Vermögensrecht handelt, findet die K.O. hinsichtlich der Frage Anwendung, wer über das nach dem bürgerlichen Rechte als Vermögen zu behandelnde Rechtsgebiet zu verfügen hat. Vgl. Anm. 2 I. IV. zu § 1.

Der Zweck des Konkurses und der Einsetzung des Verwalters bildet für seine Vertretungsbefugniß keine derartige Vorbedingung, daß seine Handlungen nur gültig wären, wenn sie zweckmäßig sind. Im E. I. § 8 war hinzugefügt: das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird „zum Zwecke der Befriedigung der Gemeingläubiger" durch einen Gemeinverwalter ausgeübt. Mot. von 1873 S. 40. Von der Vork. ist dieser Zusatz gestrichen, und zwar nach den Mot. von 1875 (welche ebenfalls diese Zweckbesonderheit betonen), damit nicht das Mißverständniß erwachse, „als ob die Gültigkeit der Verfügungen des Verwalters in ihrer Zweckmäßigkeit eine allgemeine rechtliche Schranke finden sollte", was durchaus abzulehnen sei. Mot. 34. Alles, was der Verwalter innerhalb der gesetzlichen Schranken thut, bleibt gegenüber dem G.Schuldner, den Gläubigern und Jedem Dritten gültig; wenngleich er für seine gesetzliche und (was vom Gesetze § 2 einbegriffen ist) dem Konkurszwecke entsprechende Verwaltung dem G.Schuldner als dessen Stellvertreter, auch den K.Gläubigern als zur Wahrnehmung ihrer Interessen verpflichtet, verantwortlich ist, §§ 74, 78, vgl. §. 124. — Die Grenzen der Befugnisse des Verwalters sind (abgesehen von der Mitwirkung der Gläubiger) dadurch bestimmt, daß er nur die K.Masse zu verwalten und zu verwerthen hat, und daß seine Verfügungen mit dem Zwecke seiner Thätigkeit „vereinbar" (Mot. 34) sind, d. h. möglicherweise zur Erreichung desselben dienen können. Er ist berechtigt, auch neue Rechtsge-

schäfte einzugehen, wie jeder Liquidator einer Handelsgesellschaft zur Beendigung schwebender Geschäfte neue Geschäfte eingehen kann. Art. 137 H.G. Zur Begründung einer Klage aus einem neuen Geschäfte des K.Verwalters bedarf es in gleicher Weise, wie hinsichtlich derjenigen eines Liquidators, nicht der Darlegung des kausalen Zusammenhangs des neuen Geschäfts mit den schwebenden Geschäften. Wird eingewendet, das Geschäft eines Liquidators sei ein absolut neues, so hat zwar derjenige, welcher den Zweckzusammenhang des neuen Geschäfts mit schwebenden Geschäften behauptet, an sich dies als die Ausnahme nachzuweisen, da er die dem Abschlusse neuer Geschäfte entgegenstehende Regel gegen sich hat. Indeß genügt auch die Darlegung, daß er bei gesetzlicher Sorgfalt zur Annahme berechtigt war, das Geschäft habe zur Abwickelung gedient; und zu einer oder der anderen Replik hat er erst nach Entgegensetzung des Einwandes Veranlassung. R.O.H. 13, 226; 21, 307 ff. Zu den neuen Geschäften, welche der Verwalter sachgemäß für die Masse abschließen kann, gehört auch der Erwerb von Objekten, welche anderenfalls ein Pfandgläubiger oder ein Dritter bei mangelnder Konkurrenz unverhältnißmäßig billig erstehen könnte. Der Verwalter kann für die Masse „Kaufverträge abschließen, Darlehne aufnehmen, Gegenstände der Masse verpfänden", Pfandstücke einlösen, Grundstücke und bewegliche Sachen in nothwendiger oder freiwilliger Veräußerung für die K.Masse erstehen, um Forderungen des G.Schuldners zu decken bez. um den Erwerb demnächst unter günstigeren Verhältnissen zu veräußern. Mot. 34, 35, §§ 121 Nr. 2, 122 Nr. 2. Die für die P. entgegengesetzte Entscheidung des Obertr. in Strieth. 57, 362 hinsichtlich des Erstehens von Grundstücken ist durch die ausdrückliche Anerkennung dieser Befugniß im § 122 Nr. 2 für die K.O. beseitigt. Mot. 356.

Der Verwalter kann die noch fehlende Unterschrift des G.Schuldners ergänzen, z. B. um ein diesem gegebenes Blanko-Accept verwerthbar zu machen, wenn der G.-Schuldner dazu durch ein vorangegangenes pactum de cambiando berechtigt war. In den Entsch. d. R.O.H. 14, 54, 56 und 17, 210 ist dies mit Recht als ein vererbliches und veräußerliches, und daher dem Konkursverwalter wie dem Erben zustehendes Vermögensrecht bezeichnet. Die Mot. heben gegen die abweichenden Entsch. d. Obertr. 35, 445 und Strieth. 60, 293 diese Konsequenz des Gesetzes mit dem Bemerken hervor, daß eine Gesetzesbestimmung nicht nöthig sei, weil dies zur Kasuistik führe und im Gesetze nur das Prinzip aufzustellen sei. Mot. 34, 35. Der K.Verwalter ist allerdings durch seine Bestellung als gesetzlicher Vertreter kraft Gesetzes ermächtigt, für den Schuldner dessen Vermögensrechte hinsichtlich der K.Masse auszuüben und in dieser Beziehung zu handeln, als wenn er der G.Schuldner selbst wäre. In Folge der allgemeinen im § 5 ausgedrückten Uebertragung dieser Befugnisse bedarf er zu den einzelnen Akten keiner besonderen richterlichen Autorisation.

Wie die Handlungen des Verwalters, sind auch seine Unterlassungen hinsichtlich der K.Masse wirksam. Versäumnisse, welche er namentlich als gesetzlicher Vertreter im Sinne der C.P.O. § 50 in Prozessen als Kläger oder Beklagten für die Masse veranlaßt, treffen die Masse. Vgl. C.P.O. § 210 Abs. 2. Die Unterlassung der Sicherung der Rechtswohlthat des Inventars für Erbschaften, soweit sie zur K.Masse gehören, wirkt ebenfalls für die Masse, Anm. 2 IV. zu § 1, Anm. 3 zu § 122, Mot. 223, 355. Vgl. preuß. A.L.R. I. 9 § 432. Entsch. 23, 63; 48, 43.

Hinsichtlich der Antretung und Ablehnung von Erbschaften ist bereits oben und in Anm. 2 IV. zu § 1 erörtert, daß zunächst nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden ist, ob der Successionswille ein rein persönliches Recht begründet oder ob die Aeußerung des Successionswillens als vermögensrechtlicher Akt zu gelten hat; wenn und wo das Successionsrecht als Vermögensrecht zur K.Masse gehört, vertritt der Verwalter den G.Schuldner hinsichtlich der Annahme und Ablehnung. Hullmann S. 70—72. Nimmt

dann der Verwalter die Erbschaft an, so sind die Gläubiger K.Gläubiger der Masse, haben jedoch das Absonderungsrecht, soweit es nach § 43 besteht. Entsagt der Verwalter unbedingt, so bindet dies auch den G.Schuldner und bedeutet (gegen v. Völderndorff I. S. 115) nicht blos einen die Nicht-Heranziehung zur K.Masse betreffenden Verzicht. Soll nur ein solcher erklärt und dem G.Schuldner das Recht zur eigenen Annahme gesichert bleiben, so müßte die Erklärung mit einem desfallsigen Vorbehalte ebenso abgegeben werden, wie dies vorstehend in Anm. 2 behufs der Freigebung von Masseobjekten zu Gunsten des G.Schuldners bemerkt ist.

Folge der im § 5 erklärten Uebertragung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts hinsichtlich der K.Masse auf den Verwalter ist es, daß die kraft derselben erfolgenden Verwaltungs- und Verfügungs-Handlungen und Ueberlassungen des Verwalters für das Verhältniß eines betheiligten Dritten zum G.Schuldner dieselbe Wirksamkeit haben, als seien es Handlungen bez. Unterlassungen des G.Schuldners selbst. Der G.Schuldner als das Rechtssubjekt, in dessen Vertretung der Verwalter handelt, ist der Kontrahent der vom Verwalter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und der von ihm kontrahirten Schulden und haftet somit persönlich dafür dem Dritten als Schuldner. Der Dritte kann sich deshalb insbesondere an die K.-Masse seines Schuldners halten; es ist eine „Masseschuld", § 52 Nr. 1. Der Umfang der persönlichen Verpflichtung des G.Schuldners ist auch n i c h t durch den Umfang seines zur K.Masse gehörigen Vermögens begrenzt (wie der Gewalthaber eines Peculium nur in dessen Höhe oder der Kommanditist einer Kommanditgesellschaft nur in Höhe seiner Einlage haften), was Schultze a. a. O. S. 46, 47 annimmt. Vielmehr haftet der G.Schuldner über den Umfang und Werth der K.Masse hinaus und ohne Rücksicht auf deren Höhe persönlich mit seinem gesammten damaligen und künftigen Vermögen ebenso, wie Jeder, für welchen ein gewillkürter Bevollmächtigter innerhalb seines Auftrags oder ein gesetzlicher Vertreter (Vormund 2c.) innerhalb seines gesetzlichen Vertretungsrechts rechtsverbindlich gehandelt hat. Vgl. Prot. 109. Das Gesetz vertritt für den Verwalter die Stelle der Vollmacht (als Zwangsvollmacht des G.Schuldners) und n u r soweit als der Verwalter außerhalb seiner gesetzlichen Vertretungsbefugniß, also in Fällen oder Beziehungen, worin er den G.Schuldner gesetzlich nicht zu vertreten hat, gehandelt hat, wird dieser nicht verhaftet, wie er auch nur in gleichem Umfange ohne Konkurs durch einen, seine Vollmachtsgrenzen überschreitenden Bevollmächtigten nicht haftbar würde. Vgl. Anm. 2 zu § 52. Dadurch, daß die K.Masse G e g e n s t a n d der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse ist, wird sie nicht G r e n z e der Verpflichtung des G.Schuldners, wie auch beim Verwalter fremder Sachen eine solche Beschränkung nicht eintritt, vgl. A.L.R. I. 13 § 85; I. 14 § 109. Keine Bestimmung der K.O. deutet die Absicht einer solchen Beschränkung an.

§ 6.

Rechtshandlungen,[1] welche der Gemeinschuldner[2] nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber nichtig.[3]

Dem anderen Theile ist die Gegenleistung aus der Masse zurückzugewähren, soweit letztere durch dieselbe bereichert ist.[4]

Hat der Gemeinschuldner Rechtshandlungen am Tage der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen, so wird vermuthet, daß sie nach der Eröffnung vorgenommen worden sind.[5]

E. I. 10. P. 5. 6. 43.

1) Die Vorschrift des Abs. 1 ist eine nähere Feststellung der Folgen des § 5 und dient ebenfalls als Maßregel zur Sicherung der K.Masse für die ausschließliche Ver-

wendung derselben zu Gunsten des K.Anspruchs der K.Gläubiger. Rechtshandlungen, welche der G.Schuldner nach der Eröffnung vorgenommen hat, sind nicht nur (wie unter Umständen nach §§ 22—34 frühere Rechtshandlungen) „anfechtbar", sondern „den K.Gläubigern gegenüber nichtig" erklärt. Vorausgesetzt ist eine Rechtshandlung und zwar des G.Schuldners. Unter den „Rechtshandlungen" ist jede, die Begründung, Erhaltung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten betreffende Thätigkeit einbegriffen, vgl. Windscheid § 69, Willenserklärungen, einseitige oder zweiseitige Rechtsgeschäfte, Verfügungen, Anerkenntnisse, Uebernahme, Sicherung oder Erfüllung von Verbindlichkeiten, Veräußerungen, Verzichte u. s. w. Die Exemplifizirung der P. § 5 ist absichtlich vermieden. Mot. 35, 37. Prot. 10. Anm. 1 zu § 22, Anm. 2 zu § 23, Anm. 2 zu § 24.

Zur Begründung und Erläuterung der Wirkung der „Nichtigkeit" bemerken die Mot.: „Nicht ein besonderer Umstand außerhalb der Rechtshandlung ist es, welcher diese ungültig machte, die Rechtshandlung selbst ist vermöge innern Mangels wegen der fehlenden Verfügungsfähigkeit ohne rechtliche Wirkung. Daher bedarf es nicht erst einer Thätigkeit, insbesondere nicht eines Rechtsmittels, um die Ungültigkeit der Verfügungen des G.Schuldners herbeizuführen. Hierin unterscheiden sich diese Rechtshandlungen desselben von den anfechtbaren Rechtshandlungen, von denen im 3. Titel gesprochen wird." Mot. 35.

Zum Verständniß dieser hinsichtlich der Wirkung „den K.Gläubigern gegenüber" beschränkten Nichtigkeit ist, wie Schultze a. a. O. S. 26—35 insoweit mit Recht hervorhebt, darauf aufmerksam zu machen, daß der gebräuchliche juristische Begriff der Nichtigkeit ein abweichender ist. Nach dem letzteren gilt ein Rechtsgeschäft nur dann für nichtig, wenn es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, ebenso als wenn es niemals abgeschlossen wäre; und dagegen für nur ungültig (s. g. anfechtbar), wenn es die gewollte Wirkung zunächst erzeugt, aber nicht dauernd und bindend aufrecht erhalten kann, weil entweder der Anspruch daraus mit einer Einrede bez. Einschränkung behaftet ist, so daß er wider den Willen desjenigen, gegen den er begründet ist, nicht durchgesetzt werden kann oder daß die Wiederaufhebung des Geschäfts verlangt werden kann. Windscheid § 82. Preuß. A.L.R. I. 3, § 40; I. 4 §§ 20, 31, 52. Für diese Entgegensetzung ist eine s. g. relative Nichtigkeit, welche für den Einen vorhanden wäre, für den Andern dagegen nicht, überhaupt keine Nichtigkeit, Windscheid § 82 Anm. 8. Eine relative Nichtigkeit in dem Sinne, daß die Anerkennung des Rechtsgeschäfts einstweilen dahin gestellt bleibe, und noch vom Eintreten eines künftigen ungewissen Umstandes, — namentlich der Willenserklärung Anderer, hier der K.Gläubiger — abhängig wäre, so daß das Geschäft beim Eintreten gegen Alle, beim Nichteintreten gegen Niemanden gültig wäre (Windscheid § 82 Nr. 2) wie Mandry S. 97, 98 eine „unentschiedene, d. h. von der Entscheidung der K.Gläubigrr abhängende Nichtigkeit" annimmt — ist im § 6 nicht gegeben; vielmehr sollen die Rechtshandlungen auch beim Widerspruch der K.Gläubiger nur ihnen gegenüber ungültig sein; also für das Verhältniß Dritter zum G.Schuldner ihre Kraft nicht verlieren. Im § 6 ist sonach nicht eine lediglich kraft Gesetzes eintretende Nichtigkeit, wie wenn die Rechtshandlung überhaupt nicht geschlossen wäre, begründet; indeß auch nicht eine Ungültigkeit, welche begriffsmäßig und in jedem Falle eine Thätigkeit der K.Gläubiger zu ihrer wirksamen Geltendmachung erforderte; sondern eine Ungültigkeit, zufolge welcher ohne und gegen den Willen der K.Gläubiger die Rechtshandlung hinsichtlich der K.Gläubiger auch ohne besondere Thätigkeit derselben keine rechtliche Wirkung haben kann, während im Uebrigen, also soweit K.Gläubiger nicht im Betracht kommen, die Gültigkeit nicht beeinträchtigt wird. Eine solche Ungültigkeit als Anfechtbarkeit zu bezeichnen, wenngleich dies allgemein geschieht, ist mit Windscheid § 82 Anm. 7 für nicht ganz passend zu erachten und würde für die K.O.

gegenüber den §§ 22 ff. verwirrend sein. Ungeachtet der Abweichung vom üblichen Begriffe der Nichtigkeit ist es geboten, die Rechtshandlungen, dem Gesetzesausdrucke folgend, als „nichtig" zu bezeichnen; es kann dabei nicht zweifelhaft sein, daß nur eine Nichtigkeit im Sinne des § 6 gemeint ist.

Andrerseits wendet Schultze a. a. O. S. 25—27 gegen die Begründung der Mot. zwar mit Recht ein, daß der G.Schuldner nach § 5 nicht an sich handelsunfähig werde, ein innerer Mangel des Geschäfts also nicht vorliege, sondern seine Handlungen nur keine Wirkungen gegenüber den K.Gläubigern haben. Indeß würde das Gesetz an sich nicht gehindert sein, auch an eine solche Verfügungsbeschränkung Wirkungen der Nichtigkeit zu knüpfen. Zu erörtern ist daher, was bei der durch den Ausdruck beabsichtigten Unterscheidung von einer Anfechtbarkeit in der That mit der, lediglich die Wirkung betreffenden Vorschrift: die Handlungen sind den K.Gläubigern gegenüber nichtig, ausgedrückt ist.

In der Einschränkung der Wirksamkeit „gegenüber den K.Gläubigern" liegt für den Eintritt der Wirkung die Voraussetzung, a. daß die Rechtshandlungen eine rechtliche Beziehung auf den K.Anspruch der K.Gläubiger (aller oder einzelner) haben und diesen Anspruch entweder durch eine allgemeine Beeinträchtigung der für alle K.Gläubiger bestimmten Theilungsmasse oder, wenn auch eine solche nicht vorliegt, durch eine Einwirkung auf die Elemente der Schuldenmasse, auf Begründung oder Vorrecht der Schulden verletzen müssen. Es macht keinen Unterschied, „ob sämmtliche K.Gläubiger oder nur einzelne als benachtheiligt erscheinen." Mot. 36. Rechtshandlungen, wodurch der G.-Schuldner der Masse lediglich etwas zuwendet, sind natürlich nicht verboten, Anm. 2 I. zu § 1, und Rechtshandlungen, hinsichtlich welcher seine Verfügungsbefugnisse nicht beschränkt sind, werden vom § 6 nicht betroffen. — b. Zugleich liegt in jener Einschränkung die Voraussetzung, daß die Unwirksamkeit vom Willen der K.Gläubiger bez. des Verwalters, soweit derselbe in ihrem Interesse handeln kann bez. muß, abhängig ist. Die Wirkung selbst besteht, diesen Voraussetzungen und dem durch den Ausdruck „nichtig" offenbar gewollten Gegensatze entsprechend, darin: die nach der K.Eröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des G.Schuldners, sofern sie ohne, bez. gegen den Willen der K.Gläubiger (bez. des in ihrem Interesse handelnden Organs, des Verwalters, innerhalb seiner Befugnisse) vorgenommen sind, sollen hinsichtlich der Wirksamkeit in Beziehung auf die Theilungsmasse und Schuldenmasse bez. auf den K.Anspruch aller und die Ansprüche einzelner K.Gläubiger und andererseits auch nur in diesen Beziehungen so angesehen werden, als wenn sie nicht vorgenommen wären. Weder ein betheiligter Dritter, noch der G.Schuldner dürfen sich ihrerseits auf die „Nichtigkeit" berufen. Mot. 36. Ob und in welcher Weise eine Thätigkeit der Gläubiger bez. des Verwalters (durch Klage, Einrede, sonstige Willensäußerung) nöthig ist, oder ob schon die Unthätigkeit (bei entsprechender Amtspflicht, von Amtswegen den Umfang der Befugnisse des G.Schuldners zu berücksichtigen) ausreicht, um die Unwirksamkeit thatsächlich geltend zu machen, oder herbeizuführen, hängt von dem bürgerlichen Rechte und den konkreten Umständen ab. Daß hierzu unter allen Umständen eine Willensäußerung erforderlich sei (Schultze a. a. O. S. 30), liegt nicht im § 6, und ist nach den obigen Mot. 35 nicht beabsichtigt. Insoweit ist dem Wortausdruck „nichtig" für die nach der K.Eröffnung erfolgten Rechtshandlungen gegenüber der in den §§ 22 ff. gegebenen Anfechtungsbefugniß hinsichtlich der früheren Rechtshandlungen auch dann Rechnung zu tragen, wenn man die Bezeichnung: nichtig nicht für korrekt hält. — Der Unterschied zwischen der Anfechtbarkeit gemäß §§ 22 ff. und der Nichtigkeit im Sinne des § 6 besteht daher in Betreff der Wirkungen auch darin, daß nicht für die letztere, wohl aber für die erstere gemäß den §§ 22 ff. unter allen Umständen eine Widerspruchsthätigkeit nöthig ist, um die Unwirksamkeit herbeizuführen; außerdem aber, was noch nachstehend bez. zu den §§ 22,

29 ff. zu erörtern bleibt, in der verschiedenen Wirkung in rem bez. in personam gegen Dritte, vgl. Anm. 4 zu § 6 und Anm. 4 zu § 22, und in der darauf beruhenden verschiedenen Möglichkeit, sofort einen späteren Erwerber anzugreifen, Mandry S. 99, 101; sowie darin, daß die Anfechtung nur unter den Beschränkungen der §§ 26, 29, 33, 34 und unter anderen Wirkungen und Bedingungen betreffs der bona fides und der Rechtsnachfolger, §§ 30, 33 zuläßig ist.

Der E. I. § 10 war redigirt: sind „in Beziehung auf die Gemeingläubiger nichtig." Von der Vork. ist die jetzige Redaktion bestimmt und es ist anzunehmen, daß dadurch nur die Uebereinstimmung des Ausdrucks mit den §§ 12, 22, 135 gewahrt und durch die Fassungsänderung etwa ein Mißverständniß vermieden werden sollte, als wenn ein besonderes persönliches Verhältniß zu den Gläubigern vorausgesetzt oder betroffen werden sollte. Sachlich sollte kein Unterschied gemacht werden. Die Mot. von 1873 S. 48—51 und von 1875 S. 36, 37 heben in Betreff der Voraussetzungen und Wirkungen dieselben Momente hervor; und die ersteren erläutern gleichfalls S. 49: die Nichtigkeit bestehe nur: „gegenüber den Gemeingläubigern." Durch die Beschränkung: „gegenüber den K.Gläubigern" und durch die Stelle, welche § 6 im Zusammenhange der „allgem. Bestimm." Titel 1 unmittelbar hinter § 5 einnimmt, ist zugleich objektiv ausgedrückt, daß nur Rechtshandlungen, in soweit sie sich auf die K.Masse beziehen, den K.Gläubigern gegenüber nichtig sind. Die Gläubiger müssen vernünftigerweise ein rechtliches Interesse an der Nichtigkeit haben, und ein solches haben sie nur hinsichtlich der Rechtshandlungen, welche die Masse betreffen; an diesen aber auch ohne Ausnahme. Jede Benachtheiligung der K.Masse beeinträchtigt zugleich den Konkursanspruch der K.Gläubiger. Jede Beeinträchtigung der K.Gläubiger involvirt andererseits eine mittelbare oder unmittelbare Beziehung ihres Anspruchs an die Masse. Dieser Anspruch ist für den, nach § 2 begrenzten Kreis der K.Gläubiger auf die Verwendung des durch § 1 bestimmten Umfangs der K.Masse gerichtet. Durch die Aenderung eines der Faktoren wird also auch das Verhältniß geändert. Mot. 36, 37. Jede erfolgreiche Bestreitung eines K.Gläubigeranspruchs berührt daher mittelbar zugleich das Verhältniß zur Masse. In diesem Sinne sind vom § 6 Abs. 1 als Konsequenz und Ausführung des § 5 Abs. 1 nur Rechtshandlungen betroffen, welche unmittelbar oder mittelbar die K.Masse betreffen, unmittelbar durch Beeinträchtigung der Theilungsmasse (Aktivmasse) oder mittelbar durch Beeinträchtigung der Rechte der zur Masse Anspruchsberechtigten: Schuldenmasse (Passivmasse). In beiden Beziehungen sind zugleich die „K.Masse" und die „K.Gläubiger" betheiligt. Darauf, daß nur eine unmittelbare Beziehung auf die K.Masse vorliegen müsse, ist die Vorschrift nicht zu beschränken. Das Gesetz selbst hat eine solche Beschränkung nicht ausgedrückt. Auch die Mot. ergeben sie nicht. In denselben ist nur bemerkt: die Beschränkung sei nur subjektiv in Ansehung der K.Gläubiger und nicht zugleich objektiv in Ansehung des Gegenstandes der K.Masse aufgestellt, weil man von vielen Rechtshandlungen, besonders von neu eingegangenen Verbindlichkeiten, nicht sagen könne, daß sie „über die K.Masse eingegangen seien oder diese betreffen oder sich auf diese beziehen", und dennoch auch solche Handlungen im Stande sind, eine Wirkung auf die K.Masse auszuüben. Mot. 37. Dies ist richtig und solche Rechtshandlungen, insbesondere spätere Verbindlichkeiten für ältere oder neue Gläubiger, welche ohne Bezugnahme auf bestimmte verhaftete Objekte eingegangen sind, sind eben nichtig und wirkungslos hinsichtlich der K.Masse, berechtigen nicht zur Theilnahme an derselben (§ 2), schmälern und ändern nicht den K.Anspruch der K.Gläubiger an derselben, und bleiben doch zugleich „überall da, wo die K.Masse nicht berührt wird, in völliger Geltung". Dasselbe gilt von Zahlungen, welche der Schuldner aus anderen Mitteln leistet. Mot. 36, Prot. 9, 10. Rechtshandlungen des G.Schuldners, welche ein nicht zur K.Masse gehöriges Vermögensobjekt betreffen, unterliegen dem § 6 schon deshalb nicht, weil die K.Gläubiger nach § 2 nur den K.Anspruch

auf die K.Masse haben, das K.Verfahren nach § 1 nur diese Masse umfaßt und nur hinsichtlich dieser die Verfügung des G.Schuldners durch § 5 beschränkt ist. Wenn v. Völdernndorff I. S. 120 nach dem Wortausdruck des § 6 auch die Rechtshandlungen des G.Schuldners hinsichtlich eines späteren Erwerbes nach der K.Eröffnung als den K.Gläubigern gegenüber nichtig ansieht, so kann er zu einem solchen Widerspruche gegen die §§ 1, 2, 5 nur gelangen, indem er den § 6 losgelöst von seiner Stellung im Systeme allein liest. Ebensowenig ist natürlich § 6 auf die Rechtshandlungen des G.-Schuldners nach der K.Beendigung anwendbar, mit welcher er seine Verfügungsbefugnisse zurückerhält. — Andrerseits sind alle Rechtshandlungen des G.Schuldners, welche nach der K.Eröffnung auf die Begründung, den Umfang, den Rang oder den Beweis der K.-Forderungen (die Schuldenmasse) Einfluß haben, sowohl dem einzelnen betroffenen, als auch allen anderen K.Gläubigern gegenüber unwirksam; so Vordatirung eines Schuldscheins, Genehmigung von Forderungen, Verzicht auf Einreden, Einwirkung auf Potestativbedingungen, welche vom Schuldner nach der K.Eröffnung erfüllt werden. Vgl. Anm. zu § 2 unter III. Mot. 279.

Ob derjenige, welcher mit dem G.Schuldner nach der K.Eröffnung ein Rechtsgeschäft, welches dem § 6 unterworfen ist, die Nichtigkeit oder ihren Grund, die frühere K.Eröffnung, gekannt hat bez. in gutem Glauben gewesen ist, hat zur Abwendung der Nichtigkeit selbst keinen Einfluß. Mot. 38. Bei der absoluten Vorschrift des § 6 muß man den Einwand, daß für den gutgläubigen Mitkontrahenten die Nichtigkeit nicht wirkt, mit den Mot. 35, 38 für unzulässig halten, abweichend von der Berücksichtigung des guten Glaubens hinsichtlich der Anfechtung nach §§ 22 ff., 30, 33. Die Vorschrift des § 6 ist Rechtsfolge der mit der K.Eröffnung Allen gegenüber eintretenden Beschränkung der Befugnisse des G.Schuldners, Anm. 1 zu § 5, und durch die Bezeichnung der Wirkung als Nichtigkeit hat unzweifelhaft ausgedrückt werden sollen, daß für das Verhältniß der K.Gläubiger bez. des Massenverwalters gegenüber allen, welche überhaupt durch die Wirkungen der K.Eröffnung betroffen sind, also vor Allem gegenüber den Theilnehmern der Rechtshandlung dieselben Wirkungen eintreten sollen, als wäre die Rechtshandlung nicht erfolgt, vgl. Anm. 3. So hart auch eine solche Entscheidung einen gutgläubigen Dritten treffen kann, so dringend wird sie durch die praktische Erfahrung gefordert. Vielfache Operationen des G.Schuldners würden faktisch dem anderen Theile gegenüber unangreifbar sein, wenn die Wissenschaft von der K.Eröffnung ihm nachgewiesen werden müßte, oder entscheidend wäre. Dies ergiebt schon die Häufigkeit der Prozesse über Rechtshandlungen, welche am Tage der K.Eröffnung vorgenommen sind. Abweichend will Dernburg II. § 114 Nr. 1 Anm. 18 dem ersten bona-fide-Erwerber dieselbe Stellung anweisen, wie Jemandem, der vom Nichteigenthümer eine diesem fremde Sache erwarb; die K.O. schweige über den Einfluß der bona fides, und es müßten daher die allgemeinen Rechts-Grundsätze eintreten. Sonst würde mehr geschützt sein, wer gutgläubig von einem Diebe erwarb (H.G. Art. 306, 307), als wer von einem Vertreter des Eigenthümers erwarb, der an seinem entfernten Domizil in Konkurszustand versetzt ist. Indeß die allgemeinen Rechtsgrundsätze haben hier eben dadurch eine Modifikation erlitten, daß die Rechtshandlungen den K.Gläubigern gegenüber unbedingt mit der Wirkung der Nichtigkeit, d. h. der Nichtberücksichtigung versehen sind. Diese rücksichtlich des guten Glaubens unbedingte Nichtigkeit hat auch dadurch im Gesetze Ausdruck bekommen, daß in der knappen Sprache des Gesetzes die Nichtigkeit ausnahmslos hingestellt ist, und zwar mit bewußter Absicht, wie die Motive 38 ergeben. Die Einschränkung der P. § 5 Abs. 2, daß dem dritten redlichen Besitzer die aus dem redlichen Besitze entspringenden Rechte vorbehalten werden (welche die Mot. übrigens nur auf den Fall beziehen, wenn die Sachen aus den Händen des Empfängers an einen Dritten übergegangen sind, Mot. 38); ist absichtlich nicht aufgenommen. Die gesammte Vorschrift des § 6, zum Zwecke der Siche-

rung der Beschlagnahme der Masse aufgenommen, hat in diesem Zwecke, daß jedenfalls die Masse, „durch das nichtige Geschäft nicht verringert werden" soll, ihren Grund für die Unbedingtheit, und man muß nach den Konkurserfahrungen sagen, ihren rationellen Grund gegenüber der Schwierigkeit, den Mangel am guten Glauben in derartigen Fällen selbst da zu beweisen, wo die bona fides wirklich fehlt. Die Regel, daß die Unkenntniß von der K.Eröffnung den Empfänger einer Leistung des G.Schuldners nicht von der Pflicht zur Rückgewähr befreit, wird auch dadurch bestätigt, daß die Ausnahme von § 6 auf den Fall des § 7 beschränkt ist. Vgl. auch Mandry S. 101 Anm. 18. — Ueber das Verhältniß eines Dritten, welcher nicht die Rechtshandlung mit vorgenommen hat, vgl. Anm. 4.

Fraglich ist, ob die Nichtigkeit auch nach der Beendigung des Konkurses geltend gemacht werden kann. Die Mot. bemerken: die Nichtigkeit habe lediglich in der Unfähigkeit des G.Schuldners, über die K.Masse zu verfügen, ihren Grund. Diese Unfähigkeit sei nach Gegenstand, Zeitdauer und den in Betracht kommenden Personen beschränkt und „dadurch ist die Nichtigkeit beschränkt". Daher könnten die Rechtshandlungen für den G.Schuldner und für „Andere als die K.Gläubiger verbindlich sein; sie können auch unter Umständen selbst den früheren K.Gläubigern gegenüber, nach Aufhebung des K.-Verfahrens und nach Wiedererlangung der Verfügungsfähigkeit verbindliche Kraft erlangen. Inwieweit dies der Fall und insbesondere Veräußerungen und Verpfändungen von Sachen der K.Masse nach Beendigung des K.Verfahrens konvaleszіren können, ist nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilen. Vgl. z. B. §§ 16 ff., 78, 406, A.L.R. I. 20, Art. 2124, 2125, 2130 Code civ." Mot. 36. In Strieth. 73, 100 war für P. § 5 mit Rücksicht auf die Mot. dazu (Goltd. S. 78) und auf die in den letzteren erfolgte Citirung der preuß. A.G.O. I. 50 § 35 angenommen worden, daß ein Dritter gegenüber einem früheren K.Gläubiger die Nichtigkeit auch nach der K.Beendigung unbedingt gegen sich gelten lassen müsse. In der R.K. wurde von der Bundesrathsvertretung (Hagens) bemerkt: Diese Frage solle im Gegensatz zu jenem Erkenntnisse des Obertrib. mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Partikularrechte, namentlich der Pfandrecht- und Grundbuchsysteme, nach dem bürgerlichen Rechte beurtheilt werden. Darnach werde für die Zeit nach dem Konkurse die Nichtigkeit bald geheilt werden, bald bleibend sein. Prot. 10. In der That ist jedoch die Frage nicht lediglich nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen, sondern theilweise schon durch die K.O. entschieden. Maßgebend ist, daß nach dem Zusammenhange, der ratio legis und der Fassung des § 6 die Nichtigkeit beschränkt ist auf Rechtshandlungen, welche mittelbar oder unmittelbar die K.Masse und die K.Gläubiger bez. deren K.Anspruch betreffen, innerhalb dieser Grenzen aber die Nichtigkeit durch eine Zeitdauer nicht beschränkt ist. Nur in Betreff der Schuldenmasse ist durch die rechtskräftige Feststellung einer K.Forderung nach §§ 133, 135 die spätere Verfolgung aus § 6 abgeschnitten, und hinsichtlich der Theilungsmasse können Handlungen und ausdrückliche oder konkludente Willenserklärungen des Verwalters, insbesondere wenn er mit der Rechtshandlung bekannt ist und sie dennoch nicht verfolgt, (Vergleich, Genehmigung) eine fernere Verfolgung unmöglich machen. (So auch Stieglitz S. 52 Anm. VIII. Nr. 2. Indeß mit Stieglitz a. a. O. eine Freigebung des entzogenen Objekts an den G.Schuldner anzunehmen, ist hier nicht möglich, weil die Rechtshandlung gegenüber dem G.Schuldner nicht ungültig ist, und auch nicht durch einen Freigebungs-Akt des Verwalters ihm gegenüber ungültig gemacht werden kann.) Soweit nicht durch solche Akte während des Konkurses die Verfolgung unmöglich gemacht ist, kann auch nach der Beendigung des K.Verfahrens gegen eine Rechtshandlung, welche den K.Anspruch verletzt, z. B. hinsichtlich später ermittelter, aber gesetzlich zur K.Masse gehöriger Objekte, von K.Gläubigern (bez. dem Verwalter) die Nichtigkeit allerdings geltend gemacht werden. Der K.Anspruch der Gläubiger hinsichtlich der Masse

ist durch die Beendigung des Konkurses nicht unbedingt erledigt, wie schon § 153 Abs. 2 ergiebt. Auch die Ausführung eines Zwangsvergleichs, wenngleich außerhalb des K.Verfahrens fallend, ist nur eine Erfüllung des K.Anspruchs. Ueberhaupt wird eine Ungültigkeit dadurch, daß der Ungültigkeitsgrund (zumal nur in Betreff späterer Verfügungen) wegfällt, nicht schon ohne Weiteres hinsichtlich der früheren ungültigen Handlungen geheilt. Windscheid § 83. Insbesondere kann daher der Verwalter auf Grund des § 6 noch nachträglich ermittelte Objekte zur Nachvertheilung heranziehen, § 153 Abs. 2, und der K.Gläubiger kann bei Verfolgung seiner Ansprüche gegen den G.Schuldner oder einen Zwangs-Vergleichsbürgen (§§ 152, 178, 179) den auf solchen ungültigen Rechtshandlungen gestützten Einwendungen mit § 6 entgegentreten, sowie sonstige Verletzungen seines fortwirkenden K.Anspruchs geltend machen. Soweit freilich ein früherer K.Gläubiger nicht als solcher bez. nicht in Betreff der Verletzung seines K.Anspruchs in Betracht kommt, kann für ihn eine Nichtigkeit nicht behauptet werden. So auch im Allgemeinen v. Sarwey S. 30; Petersen S. 49, 50; Mandry S. 97: „soweit es sich auch nach Beendigung des Konkurses um Wahrung und Durchführung der den Gläubigern im Konkurse zukommenden Rechte handeln kann und handelt." Ebenso Dernburg II. § 114 Anm. 15. Abweichend hält Schultze a. a. O. S. 33 mit der Aufhebung des Konkurses den Konkursanspruch für erledigt und die vom § 6 betroffenen Rechtshandlungen allen früheren K.Gläubigern gegenüber wirksam.

Sofern die Wirkung einer nach diesen Regeln relativ ungültigen Handlung nach der K.Beendigung zu beurtheilen ist, entscheidet sich dann allerdings nach dem bürgerlichen Rechte, welche Momente zur Heilung oder Beseitigung der Nichtigkeit nöthig sind. In dieser Beziehung ist mit Rücksicht auf die in den Mot. zitirten Vorschriften des preuß. A.L.R. I. 20, §§ 406, 78, 16 ff. auch auf Vorschriften des preuß. Eigenthumsges. vom 5. Mai 1872 §§ 11, 5, 19 Nr. 1 und Entsch. 76, 125; 79, 13 aufmerksam zu machen, sowie darauf, daß § 11 dieses Ges. hier nicht anwendbar ist, da das Eigenthumsrecht des G.Schuldners an seinen Grundstücken durch die K.Eröffnung nicht beschränkt wird, sondern nur seine persönliche Befugniß, dasselbe auszuüben, vgl. Strieth. 99, 278 und § 49 Ges. v. 5. Mai 1872.

Eine weitere Frage ist erhoben, ob nur der Verwalter, auf welchen das Verfügungsrecht übergeht, und welcher dasselbe zu Gunsten der Gläubiger auszuüben hat (Anm. 2 zu I. Tit. 1) oder auch einzelne K.Gläubiger die Nichtigkeit geltend machen können. Die Mot. bemerken darüber: die Nichtigkeit „wird stets durch den K.Verwalter geltend gemacht; denn er vertritt die allemal durch die nichtige Handlung betroffene Masse." Mot. 36. Dieser Grundsatz ist indeß im Gesetze zwar für die Anfechtung der nach I. Tit. 3 anfechtbaren, vor der K.-Eröffnung vorgenommenen, Rechtshandlungen im § 29 aufgestellt; nicht aber für die Anwendbarkeit des § 6. Der Unterschied ist auch ganz begründet. Jener Grundsatz ist keine Konsequenz des § 6 und ist hinsichtlich der Ausschließung der Geltendmachung seitens der K.-Gläubiger nur beschränkt richtig. Was in Folge solcher nichtiger Handlungen der K.-Masse an Sachen oder Leistungen entzogen ist, kann allerdings nur der Verwalter zur Masse in Anspruch nehmen bez. auf die Geltendmachung der Nichtigkeit verzichten, und nur er kann derartige Handlungen genehmigen, da er das Verfügungsrecht im Interesse sämmtlicher K.-Gläubiger hat. Er allein kann also vindiziren und kondiziren, vergl. Anm. 3. Auch dem einzelnen Gläubiger mit Schultze a. a. O. S. 69 ein solches Klagerecht einzuräumen, wenn es der Verwalter nicht ausübt, dürfte bedenklich sein, da nur dem Verwalter im § 5 Abs. 2 Verfügungs- und Verwaltungsrechte über die Masse und eine desfallsige Vertretung zugestanden ist. Ueber die grundsätzliche Stellung des Verwalters als Vertreter des G.-Schuldners bei Anfechtungen und die abweichende Ansicht von Schultze, darüber vergl. Vorb. 2 III. vor § 1. Dagegen kann der einzelne Gläubiger mit Rücksicht auf

sein rechtliches Interesse des Einflusses auf die Dividende als Nebenintervenient im Sinne der C.P.O. § 66 einem Prozesse des Verwalters beitreten. Sofern aber der G.Schuldner durch Rechtshandlungen nach der K.Eröffnung die Rechte, Stellung oder die Rangordnung der K.Gläubiger (ohne direkte Einwirkung auf die Aktivmasse) verletzt, ist dadurch das Individualrecht jedes einzelnen Gläubigers betroffen und ist jeder K.Gläubiger berechtigt, eine solche Nichtigkeit geltend zu machen, Ansprüche, welche ohne eine solche nichtige Handlung gar nicht K.Forderungen sein oder das beanspruchte Vorrecht nicht haben würden, nach Verität bez. Priorität zu bestreiten (§ 132, vgl. Anm. zu §. 2 III. Mot. 279), auch hinsichtlich seiner eigenen Forderung den Einfluß verletzender Rechtshandlungen des G.Schuldners abzulehnen. Auch der Verwalter ist nicht berechtigt, solche Verletzungen durch seine Genehmigung zu heilen, da sein Verfügungsrecht über die Masse ihn nicht berechtigt, K.Gläubiger auszuschließen oder zu schaffen, sofern es sich nicht darum handelt, ob Gegenstände zur Masse gehören sollen oder nicht. Vgl. auch Hullmann in Prot. 10. Stieglitz Anm. VI. S. 50. Schultze a. a. O. S. 69. Abweichend v. Sarwey S. 31.

2) Den vom G.Schuldner selbst vorgenommenen Rechtshandlungen stehen die durch seinen Bevollmächtigten bewirkten gleich, da die Handlungen und Erklärungen des Bevollmächtigten grundsätzlich wirken, wie wenn sie seitens des Machtgebers selbst erfolgt wären. Windscheid § 73. A.L.R. I. 13 § 85. R.O.H. 24, 193. Vgl. Anm. 1 zu § 22. Stieglitz Anm. IV.; von Sarwey S. 29.; Petersen S. 48, 49. Dernburg II. § 114 Nr. 1, Anm. 13. Auch wenn der Dritte, welcher mit dem Bevollmächtigten nach der K.Eröffnung verhandelt, die letztere nicht gekannt hat, kann er bei der unbedingten Vorschrift des § 6 seinen guten Glauben ebensowenig der Nichtigkeit entgegensetzen, wie bei einer mit dem G.Schuldner selbst vorgenommenen Verhandlung. Vgl. Anm. 1. Das preuß. A.L.R. I. 13 § 200 enthält die abweichende Vorschrift: daß das Geschäft, welches der Bevollmächtigte mit einem Dritten abgeschlossen hat, ehe derselbe von der eingetretenen Unfähigkeit des Machtgebers Wissenschaft erhalten hat, gültig bleibt, wenn auch der Bevollmächtigte davon unterrichtet gewesen wäre. Vgl. Anm. 2 i. zu § 20. Ebenso bayr. P.O. Art. 1211. Diese und ähnliche Bestimmungen sind dem § 6 gegenüber nicht geltend zu machen und, soweit sie ihm widersprechen, aufgehoben; abgesehen davon, daß eine eigentliche „Unfähigkeit“ des G.Schuldners durch den Konkurs nicht eintritt, sondern nur eine Beschränkung seiner Befugnisse, vgl. A.L.R. I. 13 § 196 verb. §§ 197—199. (Anders Koch zu P. § 5, welcher den § 200 auch bei der analogen Vorschrift P. § 5 anwendbar findet.) Landesgesetzliche Anweichungen vom § 6 sind nicht vorbehalten, E.G. § 4. Auch der Art. 46 H.G., wonach ein nicht bekannt gemachtes Erlöschen einer Prokura nicht eingewendet werden kann, hat hier keinen Einfluß, da die gemäß § 6 eintretende Nichtigkeit nicht Folge des, vom subjektiven Willen des G.Schuldners abhängigen, Erlöschens der Prokura, sondern Folge der objektiven Beschränkung der Verfügungsbefugnisse des Machtgebers und der Gleichstellung der Wirkungen für die Handlungen des Bevollmächtigten und des Machtgebers ist. Die entgegengesetzte Anwendung des A.L.R. I. 13 § 200 hat praktisch die bedauerlichsten Schädigungen von K.Massen durch auswärtige Bevollmächtigte zur Folge gehabt. Die Mot. 37, 38 bemerken zwar: der Fall der Handlungen von Bevollmächtigten müsse „durch Theorie und Praxis erledigt werden.“ Eine Entscheidung durch Gesetz könne nicht getroffen werden, weil die bürgerlichen Rechte die Verpflichtung des Auftraggebers durch die Beauftragten nach dem Erlöschen des Auftrags in verschiedener Weise bald nach dem guten Glauben des Dritten, bald nach dem des Beauftragten entschieden; doch werde hierin nicht allein die Entscheidung der Frage zu finden sein. Indeß von den Vorschriften, ob und wieweit der Auftraggeber durch spätere Handlungen des Bevollmächtigten nach dem Erlöschen seiner Vollmacht verpflichtet sei, ist diese Frage überhaupt nicht abhängig; sie ist durch die

§§ 5, 6 positiv entschieden, da für Handlungen durch Bevollmächtigte keine Ausnahme gemacht ist.

3) Wirkung der „Nichtigkeit" ist, daß die Rechtshandlung, soweit die K.Gläubiger und ihr K.Anspruch auf die Masse, also diese selbst davon betroffen werden, als nicht erfolgt, das Rechtsgeschäft als nicht geschlossen angesehen wird. Die Wirkung richtet sich wesentlich gegen den durch die Rechtshandlung begünstigten andern Theil. Die zur thatsächlichen Geltendmachung der Nichtigkeit zulässigen Mittel richten sich nach den Umständen. Ansprüche, welche auf solche Handlungen gegründet werden, sind als unbegründet abzuweisen (Anm. 1 zu § 30), wozu in der Regel die Geltendmachung durch Einrede genügen wird. Was der andere Theil in Folge eines solchen Geschäfts von der Masse besitzt, muß er zur Masse zurückgewähren, als sei das Geschäft nicht geschlossen. Der Verwalter kann die der Masse entzogenen Sachen und Rechte bez. geleisteten Zahlungen von dem anderen Theile (durch rei vindicatio, actio publiciana, condictio) zurückfordern; ebenso Feststellungsklagen nach C.P.O. § 231 über das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen anstellen. Diesen Folgen der Nichtigkeit kann sich der andere Theil, mit welchem die Rechtshandlungen vorgenommen sind, auch nicht durch die Berufung auf seine bona fides entziehen. Er kann nicht einwenden, daß er wegen seiner bona fides nicht, oder nur gegen Erstattung des Geleisteten (A.L.R. I. 15 § 26) zurückzugeben brauche. Anm. 1. Er kann daraus nur Entschädigungsansprüche an den G.Schuldner haben. Inwiefern der andere Theil Gegenansprüche als Masseschuld gegen die Masse nach § 6 Abs. 2, oder als K.Forderung oder als sonstige Forderung geltend machen kann, vgl. Anm. 4.

Dagegen folgt aus der Nichtigleit allein noch nicht eine Verpflichtung des Anderen zur Entschädigung. Natur und Umfang der Ansprüche bez. der Schadloshaltung, wenn der Andere die Sache selbst nicht mehr bez. nicht im früheren Zustande zurückgeben kann, bestimmen sich nach den Regeln des Civilrechts über Rückgewähr des aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte Empfangenen, welches nun als nicht geschlossen anzusehen ist. Der andere Theil kann, abgesehen von den besonderen Bestimmungen des § 7, nicht einwenden, daß die Handlung nicht nichtig sei, weil er in bona fide gewesen sei; er kann aber je nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts einwenden, daß er nur nach Maßgabe seiner bona fides Gewähr zu leisten brauche. Vgl. preuß. A.L.R. I. 7 §§ 188 ff., I. 15 §§ 15–32, I. 13 § 230, R.O.H. 21, 215. Die bona fides, welche auf den Umfang der Restitutionspflicht keinen Einfluß hat, kann daher auf die Entschädigungspflicht allerdings Einfluß haben. Stieglitz Anm. VII. S. 50.

4) Zu Abs. 2. Zu Gunsten des anderen Theils würde an sich als Folge der Nichtigkeit dessen Recht eintreten, die von ihm gewährte Gegenleistung zurückzufordern (vgl. preuß. A.L.R. I. 16 § 170, R.O.H. 21, 215) bez. Entschädigung zu fordern. Dies Recht soll der Andere als „Massegläubiger" nach Abs. 2 und § 52 Nr. 3 gegen die Masse insoweit, aber auch nur in soweit haben, als „er zu fordern berechtigt ist, was durch das nichtige Geschäft in die K.Masse gekommen ist." Mot. 38 vgl. § 7 Abs. 1. Der „andere Theil" im Sinne des Abs. 2 ist im Zusammenhange mit Abs. 1 allemal derjenige, mit welchem bez. für welchen der G.Schuldner die Rechtshandlung vorgenommen hat, nach der Ausdrucksweise des § 33 Abs. 2 derjenige, „welchem gegenüber die Handlung vorgenommen ist," also, falls dieselbe in einem Vertrage besteht, der Mitkontrahent des G.Schuldners. Ein dritter Erwerber, welcher eine in Folge einer nichtigen Rechtshandlung der Masse entzogenes Objekt zu derselben zurückgeben muß, vgl. nachst. Abs. 2 dieser Anm., ist (gegen v. Völderndorff I. S. 128) für die in Rede stehende Rechtshandlung des G.Schuldners nicht der andere Theil. Begriff und Umfang der Bereicherung entscheidet sich, wie überhaupt für § 52 Nr. 3, nach dem bürgerlichen Rechte. Die Masse ist, wie im § 1 und für § 52 Nr. 3 in dem Umfange, wie sie gesetzlich bestehen

soll, ohne die auszusondernden Objekte zu verstehen. Soweit die Gegenleistung nicht zur Masse gekommen, sondern vom G.Schuldner für sich oder für Andere verwendet ist, hat „der Andere" als Massegläubiger keinen Anspruch. Ob und wann er (etwa unter Rückgewähr einer auf seine Forderung geleisteten Zahlung) unter Voraussetzung der Nichtigkeit einen Anspruch als Konkursgläubiger geltend machen kann, bleibt durch § 6 Abs. 2 unberührt und richtet sich nach den allgemeinen Erfordernissen einer K.Forderung gemäß § 2 bez. nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Folgen der Aufhebung eines nichtigen Rechtsgeschäfts. Vgl. auch Anm. 3 zu §§ 22 und Anm. 1, 2 zu § 31. — Ebenso ist durch Abs. 2 nicht berührt, was der andere Theil gegenüber dem G.-Schuldner selbst außerhalb des Konkursverfahrens in Folge der Nichtigkeit deshalb beanspruchen kann, weil das Rechtsgeschäft dem G.Schuldner gegenüber nicht unwirksam ist. Dieser Anspruch ist nach dem bürgerlichen Recht über die Gewährspflicht für die Aufhebung des nichtigen Rechtsgeschäfts mit Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse zu bestimmen.

Hinsichtlich der Rechte und Pflichten Dritter, d. h. Anderer als derjenigen, mit welchen die Rechtshandlung seitens des G.Schuldners vorgenommen ist, und insbesondere hinsichtlich der Verpflichtung solcher Dritter, die in ihren Besitz gelangten Sachen unbedingt, oder gar nicht, oder unter Umständen bez. gegen Entschädigung des Geleisteten zurückzugeben, ist weder im Abs. 2 noch überhaupt in der K.O. etwas bestimmt. Vgl. über die Grenzen der Anwendung des Konkursrechts Vorbem. zu Buch I. und Mot. 468. Hierüber entscheidet also das bürgerliche Recht bez. die Landesgesetzgebung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Soweit darnach das Recht des dritten Erwerbers auf ein Objekt von dem Rechte seines Autors unabhängig ist, kann die Nichtigkeit gegen den Dritten nicht geltend gemacht werden; soweit indeß das Recht des Dritten von dem Rechte des G.Schuldners oder des anderen Theils der Rechtshandlung (Mitkontrahenten des G.Schuldners) abhängt, wirkt auch dem Dritten gegenüber der Grundsatz, daß die Rechtshandlung nichtig ist. Vgl. W.O. Art. 74, H.G. Art. 306, 307. — Preuß. A.L.R. I. 15 §§ 15—33, 42 ff. — „Hand muß Hand wahren." — Code civil art. 2279, 2280, 570, 572—574.

5) Die Vermuthung des Abs. 3, welche mit Rücksicht auf die Erfahrung aufgestellt ist, daß häufig noch in den letzten Augenblicken nachtheilige Rechtshandlungen vorgenommen werden (übereinstimmend mit P. § 6 und bayer. P.O. Art. 1210), „läßt dem anderen Theile den Gegenbeweis offen." Mot. 39; entsprechend der C.P.O. §§ 402, 405 Abs. 2. Vgl. C.PO. § 259.

§ 7.

Eine Leistung, welche auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner erfolgt ist, befreit den Erfüllenden den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit, als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist.[1)]

War die Leistung vor der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung erfolgt, so ist der Erfüllende befreit, wenn nicht bewiesen wird, daß ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens bekannt war.[2)]

War die Leistung nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, so wird der Erfüllende befreit, wenn er beweist, daß ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war.[3)]

E. I. 11. P. 7.

1) Unter der „Leistung" auf eine Verbindlichkeit ist jede effektive Gewährung von Sachen oder Handlungen (praestare, dare, facere) auf eine dingliche oder persönliche

Verbindlichkeit einbegriffen. Durch eine Quittung, welche nur als Entsagung anzusehen ist, A.A.R. I. 16 §§ 113, 114, wird eine Leistung weder hergestellt noch bewiesen; sie unterliegt lediglich dem § 6. Die Annahme einer Leistung seitens des G.Schuldners ist ebenfalls eine Rechtshandlung, welche er vornimmt. Der Fall des § 7 würde also an sich unter die Vorschrift des § 6 fallen. Zu Gunsten der uninteressirten Stellung eines Drittschuldners, welcher weniger das Interesse hat, die Vermögenslage des G.Schuldners zu überwachen, seine Zahlungsunfähigkeit zu erfahren und an ihn oder an den Verwalter zu leisten, sind jedoch im § 7 Abs. 2, 3 einige Abweichungen von den sonst aus §§ 5, 6 zu ziehenden Folgerungen vorgeschrieben; während § 7 Abs. 1 dem § 6 Abs. 1, 2 entspricht. Soweit nicht Abweichendes bestimmt ist, gilt daher auch für diesen Fall Alles, was in den Anm. zu § 6 über den Charakter der Richtigkeit, über die Beschränkung auf das Verhältniß „den K.Gläubigern gegenüber," über das Verhältniß zum G.Schuldner und dessen Bevollmächtigte gesagt ist. — Voraussetzung des § 7 ist, daß die Verbindlichkeit zur Konkursmasse im Sinne des § 1 zu erfüllen war, ohne Unterschied, ob ein sonst Aus- (s. § 36) oder Absonderungsberechtigter zu leisten hatte. Ist der Leistende nach § 7 von der Gewährung zur K.Masse nicht befreit, so ist die Leistung gemäß § 6 (s. Anm. 3 dazu) „den K.Gläubigern bez. dem ihr Interesse wahrnehmenden Verwalter gegenüber als nicht geschehen anzusehen; der Verwalter behält den — da es sich um eine Erfüllung zur K.Masse, also um die Theilungsmasse handelt, nur von ihm geltend zu machenden — Anspruch auf Erfüllung. Dem G.Schuldner gegenüber bleibt die Leistung wirksam und der Leistende kann deshalb gegen ihn wegen der nöthigen nochmaligen Leistung zur Masse je nach der Sachlage seinen Regreß nehmen.

Der der Masse gegenüber geltende Befreiungsgrund: „insoweit als das Geleistete in die K.Masse gekommen ist," hat dieselbe Bedeutung, wie im § 6 Abs. 2 die Fassung, „so weit letztere durch dieselbe bereichert ist," vgl. § 52 Nr. 3. Auch hier ist die K.Masse im Sinne des § 1 (ohne die auszusondernden Objekte) zu verstehen. Durch welche Vermittelung die Leistung zur Masse gekommen ist, ob durch den freien Willen des G.Schuldners oder durch Besitznahme des Verwalters, ist für die Befreiung gleichgültig. Die Leistung muß indeß, um zu befreien, eine der zu erfüllenden Verbindlichkeit entsprechende sein. Ist sie verspätet und dadurch für die beabsichtigte Verwendung werthlos zur Masse gekommen, so ist „insoweit" eine Erfüllung nicht erfolgt; die Erfüllung bez. Entschädigung für Nichterfüllung kann dann beansprucht werden, als sei gar keine Erfüllung erfolgt. Sofern als Erfüllung eine nicht fungible Leistung in Rede steht bez. eine mangelhafte Erfüllung nicht mit gleicher Wirkung wiederholt werden kann, können nur Entschädigungsansprüche verfolgt werden, vgl. v. Völdernbdorff I. S. 135.

Das Verlangen des Leistenden, daß der Verwalter eine noch jetzt im Besitze des G.Schuldners befindliche Leistung von diesem fordert und zur Masse nimmt, ist gerechtfertigt. Indeß ist dadurch, daß der (etwa flüchtige) G.Schuldner noch den Besitz hat, derselbe nicht schon unbedingt zur Masse gekommen, vgl. v. Völderndorff I. S. 133, 134.

2) Abs. 1 ist durch Abs. 2, 3 dahin beschränkt, daß der Drittschuldner, wenn ihm zur Zeit der Leistung die K.Eröffnung nicht bekannt war, unbedingt (und nicht blos in Höhe der Bereicherung der K.Masse) befreit wird. Ob er die Eröffnung ohne eigenes Verschulden kennen konnte oder mußte, und ob er in bona oder mala fide war, ist unerheblich. Mot. 40. Anträge, die Vorschriften des Abs. 3 auf eine ohne Verschulden bestehende Unbekanntschaft einzuschränken, sind von der R.K. abgelehnt. Prot. 10, 11. Doloses Verhalten wird durch § 24 Nr. 1 getroffen.

Ist die Leistung durch einen Bevollmächtigten erfolgt, so ist die Wissenschaft des Bevollmächtigten zur Ausschließung der Befreiung genügend; indeß auch ohne solche die Wissenschaft des wissend Beauftragenden. Windscheid § 73 Anm. 19; Kierulf Entscheidungen I. S. 74; R.O.H. 6, 407, Strieth. 83, 268. Die Beweislast hinsichtlich

der Bekanntschaft mit der Eröffnung ist dem Gegner des Leistenden (Verwalter) auferlegt, wenn die Leistung vor der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt war (Abs. 2); dagegen dem Leistenden, wenn sie nach derselben erfolgte (Abs. 3, von der Vork. dem E. I. § 11 zugefügt). Für die Beweisführung ist das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung nach C.P.O. § 259 entscheidend. Das Gericht kann also auch aus den Umständen, wonach der andere Theil wohl die K.Eröffnung kennen mußte, auf die wirkliche Wissenschaft schließen. Die Regelung der Beweislast selbst ist jedoch eine positive, materiellrechtliche, auch den Prozeßrichter bindende Vorschrift. Das Gegentheil ist als gewiß anzunehmen, wenn der nachgelassene Beweis nicht als geführt angesehen werden kann. Die öffentliche Bekanntmachung ist die im § 103 Abs. 1 vorgeschriebene Bekanntmachung der Formel des Eröffnungsbeschlusses, nicht der offene Arrest. Anm. 1 zu § 108.

§ 8.

Rechtsstreitigkeiten[1] über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen,[2] welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind,[3] können in der Lage, in welcher sie sich befinden,[4] von dem Konkursverwalter aufgenommen werden. Wird die Aufnahme verzögert, so kommen die Bestimmungen des § 217 der Civilprozeßordnung zur entsprechenden Anwendung.[5]

Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab,[6] so kann sowohl der Gemeinschuldner als der Gegner denselben aufnehmen.[7]

E. I. 13. P. 8.

1) Die §§ 8, 9, stellen die Grundsätze für Rechtsstreitigkeiten auf, welche über Gegenstände der Aktivmasse (Theilungsmasse) geführt werden und zur Zeit der K.Eröffnung schon anhängig sind; die §§ 132, Abs. 2; 134, Abs. 3 betreffen die bei der K.Eröffnung anhängigen Prozesse, welche über den Anspruch von Gläubigern auf Betheiligung an der Masse bez. über K.Forderungen geführt werden (Passiva). Prozesse des G.Schuldners, welche nicht die K.Masse betreffen, sondern entweder überhaupt nicht Vermögensrechte verfolgen, oder nur Vermögen, welches von der K.Masse ausgeschlossen ihm zur freien Verfügung bleibt, oder welche seine Verhaftung aus späteren neuen Rechtsgeschäften in Anspruch nehmen, auch über virtuelle K.Forderungen, welche aber als solche zur Befriedigung aus der Masse nicht geltend gemacht werden sollen, werden ohne Rücksicht auf die K.Eröffnung vom G.Schuldner kraft seiner desfallsigen Verfügungsfähigkeit fortgesetzt. Die K.Eröffnung hat keinen Einfluß auf solche Prozesse und diese haben keinen Einfluß auf die K.Masse; wie dergleichen Prozesse auch ohne Rücksicht auf den Konkurs von dem und gegen den G.Schuldner neu angestrengt werden können. Vgl. Anm. 2 zu § 5.

Dem Einflusse des Konkurses unterliegen dagegen die anhängigen Prozesse, welche die Konkursmasse betreffen, deren Erfolg die Realisirung des Konkursanspruchs der Konkursgläubiger beeinträchtigen bez. beeinflussen kann, entweder durch Minderung oder Vermehrung der Aktivmasse oder durch Vergrößerung oder Verringerung der Schuldenmasse. Begrifflich sind die Prozesse, welche hierüber während des Konkurses geführt werden, sei es in Fortsetzung früherer anhängiger Prozesse, sei es als neue Prozesse, ebenfalls Prozesse des G.Schuldners über dessen Vermögen; es findet keine Succession Anderer (der Gläubiger, des Verwalters, der „Masse" als eines besonderen Rechtssubjekts 2c.) in die Prozesse statt; der G.Schuldner bleibt die Partei für dieselben und er hat nur keine Prozeßfähigkeit rücksichtlich einer Wirkung auf die Konkursmasse. Insoweit ist die Polemik von Schultze a. a. O. S. 82 ff. gegen die Ausdrucksweise der Mot.: „Der G.

Schuldner höre auf, Partei zu sein" u. s. w. allerdings begründet. Sachlich ist dies Verhältniß indeß auch in den Mot. nicht verkannt. — Das Verhältniß, in welchem der Verwalter und der G.Schuldner in den die Schuldenmasse betreffenden Prozessen (§§ 126 ff.) neben einander auftreten, ist zu den §§ 127, 132, 134, 135 näher zu erörtern. Das Verhältniß beider zu den die Theilungs-(Aktiv-)Masse betreffenden anhängigen Prozessen, §§ 8, 9, hat seine Grundlage in der Natur und in dem Umfange des Verfügungsrechts des Verwalters und in der dem G.Schuldner hinsichtlich der K.Masse fehlenden Prozeßfähigkeit, § 5. Wenn der Verwalter einen Streitgegenstand oder ein streitiges Recht für die K.Masse in Anspruch nehmen kann und nimmt, so vertritt in solchem Prozesse der Verwalter den G.Schuldner vollinhaltlich und mit unbedingter Wirkung über den Konkurs heraus; für eine Selbstvertretung des G.Schuldners rücksichtlich einer etwaigen Wirkung für ihn persönlich bez. nach dem Konkurse, selbst für den Fall, daß der Verwalter den Prozeß verlöre, läßt § 5 keinen Raum. Will der Verwalter das Objekt nicht für die K.Masse in Anspruch nehmen, so fällt es als zu dieser nicht gehörig dem Verfügungsrecht und demgemäß auch dem Prozeßbetriebe des G.Schuldners zu. In gleicher Weise hat in Prozessen, worin eine Belastung oder Verpflichtung der K.Masse gegen diese in Anspruch genommen wird, der Verwalter allein die Prozesse zu führen bez. aufzunehmen; und nur, sofern der Verwalter einen vom Prozesse betroffenen Streitgegenstand als nicht zur K.Masse gehörig ablehnt, tritt hierfür die Prozeßfähigkeit des G.Schuldners in Wirkung. In keinem Falle kann daher derselbe anhängige Prozeß gleichzeitig von dem Verwalter und vom G.Schuldner neben einander aufgenommen bez. geführt werden. Abweichend hält Schultze a. a. O. S. 89 bis 98 dies mit der Wirkung für zulässig, daß durch die Vertretung des Verwalters nur die K.Masse gebunden ist, z. B. ein für den Gegner obsiegliches Urtheil gegen den Verwalter nur in die K.Masse vollstreckt werden, ein abgewiesener Anspruch des Verwalters nicht für die K.Masse eingezogen werden kann; daß dagegen der G.Schuldner derartige Prozesse für sich bez. mit einer für ihn persönlich eintretenden Wirkung zur Erzielung eines günstigeren Resultats aufnehmen könne. Die Möglichkeit einer derartigen Prozeß-Legitimation neben einander fällt indeß in Folge der schon in Anm. 3 zu § 5 und Vorbem. 2 V. vor § 1 erwähnten, aus § 5 Abs. 2 folgenden, vollen Wirkung der Vertretung des Verwalters, welche zu Unrecht von Schultze bestritten wird. Die Vorschrift der C.P.O. § 51: „eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann"; gestattet zwar, daß Jemand nicht alle Prozesse, aber für einzelne Arten von Prozessen prozeßfähig sein kann, wenn sie über den Streitanspruch Verträge schließen kann; nicht aber kann darnach Jemand für einen Prozeß nur theilweise prozeßfähig sein, während für denselben Prozeß theilweise ein Anderer prozeßfähig wäre. Ob hiernach im einzelnen Falle der Verwalter oder der G.Schuldner legitimirt ist, kann unter Umständen zweifelhaft sein und von Erklärungen betreffs der Inanspruchnahme für die Masse abhängen; immerhin kann nicht zugleich der G.Schuldner neben dem Verwalter legitimirt sein.

2) Nach C.P.O. § 218 wird „im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das K.Verfahren aufgehoben wird." Die Unterbrechung erfolgt kraft Gesetzes mit dem Momente der K.Eröffnung ohne Rücksicht auf die Kenntniß der Betheiligten oder des Gerichts oder auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Feststellung der Thatsachen, C.P.O. § 226. Mot. zur C.P.O. S. 175. Die Unterbrechung hat nach C.P.O. § 226 die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist, — auch der Nothfristen zur Einlegung von Rechtsmitteln — aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung die volle Frist von Neuem zu laufen beginnt. Die während der Unterbrechung überhaupt — mithin

sowohl von dem ohnehin nicht mehr hierüber verfügungsfähigen G.Schuldner, als auch von seinem Gegner — in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen (d. h. nicht die Aufnahme betreffenden) Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung. C.P.O. § 226.

3) Der § 8 betrifft Prozesse, welche für den G.Schuldner über Bestandtheile der Aktivmasse zur Zeit der K.Eröffnung anhängig sind. Ein Prozeß wird durch die Erhebung der Klage, d. i. durch deren Zustellung an den Gegner, anhängig; eine Widerklage durch die Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung, C.P.O. §§ 235, 230, 254. Der Prozeß bleibt bis nach der Zustellung des letzt-zulässigen bez. rechtskräftig werdenden Urtheils anhängig. C.P.O. §§ 288, 645, 671.

Mit Rücksicht auf den Gegensatz zum § 9, welcher die gegen den G.Schuldner hinsichtlich der Theilungsmasse, indeß nur die über Aussonderungs- und Absonderungs-Ansprüche und nebst Masseschulden anhängigen Prozesse betrifft, und mit Rücksicht auf den Umstand, daß alle Prozesse, welche die K.Masse betreffen, unterbrochen werden, die Folgen hinsichtlich der Aufnahme jedoch für die §§ 8, 9 verschieden sind, wird es erheblich, für welche Prozesse § 8 anwendbar ist. Ausgeschlossen sind schon äußerlich durch die besonderen Bestimmungen der §§ 132 Abs. 2, 134 Abs. 3 die Prozesse über die Feststellung von K.Forderungen; und durch § 9 die Prozesse über Masseansprüche. Im Uebrigen ist das Verfahren in den §§ 8, 9 „auf der Grundlage des § 5" (Mot. 41) geordnet; das Prinzip des § 5 und der Unterschied in der Stellung der G.Schuldner zu den streitigen Ansprüchen, falls der Verwalter den Prozeß nicht aufnimmt, sind auch, wie im Einzelnen in den Mot. und in der R.K. gerechtfertigt ist, für die Unterschiede maßgebend gewesen, zufolge welcher für den § 8 nicht der Gegner gegen den Verwalter aufnehmen, für den § 9 nicht eine Aufnahme für oder gegen den G.Schuldner erfolgen kann und ferner Abs. 2 § 9 nicht für § 8 anwendbar ist. Demnach ist auch nicht die äußerliche Parteirolle als Kläger oder Beklagter für die Anwendung des § 8 entscheidend, sondern die Richtung des streitigen Anspruchs. Ist der Streitgegenstand ein Anspruch des G.Schuldners, welcher einen Bestandtheil der Konkurs-Aktivmasse bildet, also jetzt vom Verwalter aktiv für ihn vertreten und zu verfolgen ist, sofern derselbe nicht hierauf verzichtet, so liegt ein für den G.Schuldner über K.Vermögen anhängiger Prozeß im Sinne des § 8 vor —, Aktiv-Prozesse betreffend die (Theilungs-) Aktiv-Masse, Hullmann S. 82—85; Stieglitz S. 59, 60. In der Regel wird in einem solchen Prozesse der G.Schuldner als der verlangende Theil Kläger oder Widerkläger sein. Indeß der Prozeß unterliegt auch dann dem § 8, wenn darin der G.-Schuldner lediglich Beklagter war. Deshalb gehören hierher Feststellungsklagen eines Gegners auf Anerkennung des G.Schuldners, daß ein Anspruch desselben durch Zahlung, Erfüllung, Erlaß, Kompensation u. s. w. erloschen ist, oder daß ein Anspruch des G.-Schuldners durch Cession desselben auf einen Andern übergegangen ist, ebenso über den Umfang bez. die Modalitäten eines Anspruchs des G.Schuldners. In allen solchen Fällen ist der Prozeß darüber anhängig, ob und wieweit für den G.Schuldner ein Anspruch geltend zu machen ist. Ebenso unterliegt aus demselben Grunde dem § 8 die Klage eines Dritten gegen den G.Schuldner auf Befreiung bez. Löschung eines für den G.Schuldner bestehenden oder behaupteten Pfandrechts für eine Forderung des Letzteren; darin liegt zwar ein gegen den G.Schuldner, aber nicht ein über einen Absonderungsanspruch an einem Vermögensstück des G.Schuldners (§ 9) gerichteter Prozeß vor. Dagegen gehört umgekehrt eine Klage des G.Schuldners oder des Dritten über Pfandansprüche des Dritten an Vermögensstücken des G.Schuldners als über Absonderungsansprüche zu den Prozessen des § 9, worin der Verwalter den G.Schuldner nur vertheidigungsweise zu vertreten hat, und fällt nicht unter § 8, auch wenn der G.Schuldner zu seiner Vertheidigung selbst angriffsweise als Kläger aufgetreten ist. — Ob der streitige Anspruch des

G.Schuldners ein persönlicher oder dinglicher ist, macht keinen Unterschied; die konfessorische Klage des G.Schuldners über eine seinem Grundstücke zustehende Servitut oder über ein Nießbrauchsrecht desselben, sowie Besitzklagen und Vindikationen desselben fallen unter § 8. Auch ob der Gegner zugleich ein K.Gläubiger ist, begründet keinen Unterschied; nur muß ein Anspruch des G.Schuldners, nicht die Feststellung einer K.-Forderung Streitgegenstand sein, weil diese nach §§ 10, 132, 134 nur durch das gesetzliche Feststellungsverfahren bez. eine Prozeßaufnahme in Folge desselben erfolgen kann. Der Umstand, daß in einem an sich dem § 9 oder dem Feststellungsverfahren unterliegenden Prozesse ein Anspruch des G.Schuldners Gegenstand einer Einrede ist, bringt der Prozeß nicht unter § 8; er wird dadurch nicht über diesen Anspruch geführt.

Begrifflich gehört auch ein nach dem Anfechtungsgesetze vom 21. Juli 1879 zur Zeit der K.Eröffnung anhängiger Anfechtungsanspruch, dessen Verfolgung dem K.Verwalter zusteht, zu den Prozessen des § 8, da es sich mit Rücksicht auf den K.Zweck um einen für die Aktivmasse geltend zu machenden Anspruch handelt. Zwar ist es kein bisher für den aktuellen G.Schuldner anhängiger Prozeß; aber mit der K.Eröffnung wird der Anspruch ein zu Gunsten der Masse des G.Schuldners ihr gehöriger Anspruch. Demgemäß wird auch nach § 13 Ges. v. 21. Juli 1879 das bisherige noch anhängige Verfahren mit der K.Eröffnung unterbrochen; der K.Verwalter kann es aufnehmen; bei Verzögerung seiner Aufnahme ist § 217 C.P.O. entsprechend anzuwenden; übereinstimmend mit § 8 Abs. 1. Ueber die Abweichung von Abs. 2 des § 8 s. Anm. 7.

Andere Zweifel können dadurch entstehen, daß nur alle Prozesse, welche „die K.Masse betreffen," unterbrochen werden und mit Rücksicht auf die Freilassung einzelner Ansprüche und Vermögensobjekte aus der K.Masse nicht unbedingt immer sofort feststeht, ob ein Anspruch zur K.Masse gehört oder dem G.Schuldner persönlich zusteht. Werden solche Zweifel nicht durch Erklärungen der Betheiligten außerhalb des Prozesses oder in einem Verfahren über die Unterbrechung (sofern dazu Gelegenheit) bez. über eine Aufnahme gelöst, so ist ein Streit darüber zwischen dem Verwalter und dem G.Schuldner in besonderem Rechtsstreite zu entscheiden, Anm. 2 V. zu § 1, wobei der Gegner unter Umständen wegen seines rechtlichen Interesse Intervenient im Sinne der C.P.O. § 66 sein kann. Auch im Hauptprozesse kann der Gegner aus diesem Grunde den Einwand fehlender Prozeßfähigkeit bez. mangelnder Legitimation entgegensetzen.

Ist für den anhängigen Prozeß der § 8 anwendbar, so kann zunächst und abgesehen von einer demnächstigen Anwendung des Abs. 2 nicht der G.Schuldner, sondern nur der K.Verwalter als derjenige, welcher nach § 5 das Verfügungsrecht über die K.-Masse hat, und deshalb den G.Schuldner in solchen Prozessen zu vertreten hat, Vorb. 2 I. vor § 1, den Prozeß aufnehmen, d. h. seinerseits für die K.Masse fortsetzen. Er ist aber nicht dazu verpflichtet und kann darauf verzichten. Mot. 43, 44. Grundsätzlich kann in den Prozessen des § 8, sowie des Anfecht.-Ges. v. 21. Juli 1879 nicht der Gegner seinerseits gegen den Verwalter den Prozeß aufnehmen, um diesen nicht wider seinen Willen zum Prozeß (und zur Kostenpflichtigkeit) zu drängen, ihm vielmehr die Erklärung über Aufnahme oder Ablehnung frei zu lassen.

4) Nimmt der Verwalter den Prozeß auf, so muß er ihn „in der Lage, in welcher er sich befindet" fortsetzen, d. h. er hat die vor der K.Eröffnung von und mit dem G.Schuldner erfolgten Verhandlungen sowie dessen Unterlassungen an sich gelten zu lassen. Die „Lage, worin sich der Rechtsstreit befindet", bezieht sich indeß nur auf das prozessuale Verhältniß der Parteien. Die materiellen Rechte, welche als Folge der K.Eröffnung begründet werden, werden dadurch nicht verkümmert. Die K.Eröffnung und deren Folgen können vielmehr, wie jede andere im Laufe des Prozesses eintretende Thatsache, geltend gemacht werden. Der Verwalter kann also im aufgenommenen Prozesse das ihm durch die K.O. gegebene Recht geltend machen, die früheren Prozeßhandlungen

des G.Schuldners, soweit dies nach Tit. 3 §§ 22 ff. zulässig ist, anzufechten. Vgl. R.O.H. 16, 405. Strieth. 68, 262. Prozeßhandlungen, welche der G.Schuldner nach der K.Eröffnung vornimmt, sind gemäß §§ 5, 6 gegenüber dem Verwalter und den K.Gläubigern nichtig. Die Mot. bemerken: „Er hat aufgehört, Partei zu sein" und „kann mit verbindlicher Kraft für die K.Gläubiger oder dem K.Verwalter weder ein Geständniß ablegen, noch einen Parteieneid annehmen, noch denselben zurückschieben oder ableisten." Mot. 44. Wenngleich freilich begrifflich der G.Schuldner immer noch die Partei des Prozesses ist, so entbehrt er immer der Prozeßfähigkeit für den Prozeß, welchen der K.Verwalter für die K.Masse übernommen hat; seine Handlungen, Eidesleistungen ꝛc. haben daher keine Wirkung. Für die Partei zu handeln und bez. die Parteieide (nach C.P.O. § 435) zu leisten, hat nur der Verwalter als gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 50 C.P.O. Eine analoge Anwendung des § 435 Abs. 2 C.P.O., welche Schulze, Jurist. Grundl. S. 96, 97 und v. Völderndorf I. S. 145 behufs Abnahme eines Parteieneides zulassen wollen, ist als Ausdehnung einer ganz exceptionellen Vorschrift nicht statthaft. Das Prozeßgericht muß die Prozeßfähigkeit nach C.P.O. § 54 von Amtswegen berücksichtigen. Der G.Schuldner kann daher auch nicht Rechtsmittel mit Wirkung für die K.Masse einlegen. Mot. 44. (Vergl. dagegen Entsch. 40, 372.) Indeß können Rechtshandlungen des G.Schuldners durch Genehmigung des Verwalters gemäß C.P.O. § 85 wirksam werden, soweit nach § 85 eine Vertretung statthaft ist. — Auch als Nebenintervenient kann der G.Schuldner nicht assistiren, Mot. 44, da sein „rechtliches Interesse", welches Erforderniß zur Nebenintervention ist, C.P.O. § 62, vollständig durch den K.Verwalter vertreten wird. Mot. 44, 45. Das Resultat des vom Verwalter aufgenommenen Prozesses gewinnt und verliert die K.Masse. Die Kosten des Prozesses, welcher mit dem früher begonnenen einen Prozeß bildet, treffen im Falle des Verlustes ebenfalls die Masse. Die Pflicht zum Ersatze der Kosten ist Masseschuld, da die Aufnahme des Prozesses eine Rechtshandlung des Verwalters ist, §. 52 Nr. 1.

Die Aufnahme selbst erfolgt dadurch, daß der Verwalter (und zwar in Anwaltsprozessen vor den Landgerichten oder höheren Gerichten durch einen zugelassenen bevollmächtigten Rechtsanwalt) einen Schriftsatz, welcher die Erklärung der Aufnahme des Prozesses enthält, dem Gegner zustellen läßt, C.P.O. § 227. Ist dies geschehen, so kann jeder Theil den Anderen zur mündlichen Verhandlung über die Sache vor den Prozeßrichter laden lassen oder die sonstigen zur Prozeßfortsetzung nöthigen Schritte wirksam veranlassen.

5) Der 2. Satz des Abs. 1 ist von der R.K. zugesetzt, um dadurch die gleiche, von der Reichstagsjustizkom. im Entw. der C.P.O. § 210 (jetzt C.P.O. § 218) gestrichene und für andere Fälle unnöthig gewordene, Bestimmung für den Fall des § 8 Abs. 1 aufrecht zu erhalten. Prot. 148. Die Bestimmung ist anwendbar, wenn „die Aufnahme verzögert wird." In Verbindung mit Abs. 2 ist offenbar verstanden: wenn die Erklärung über die Aufnahme oder die Ablehnung derselben verzögert wird. Ob dies geschieht, hat das Prozeßgericht zu beurtheilen. Ein Ermessen dafür, und eine Befugniß, Zögerungen gutzuheißen oder Fristen zu bestimmen, ist dem Gerichte indeß nicht gegeben. Den Maßstab zur Beurtheilung kann also, wie für die gleiche Vorschrift der C.P.O. § 217 Abs. 2 nur ein etwaiges Recht des Zögernden, wie z. B. wegen etwaiger Deliberationsfristen für den im § 217 vorausgesetzten Todesfall, geben, was nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilen ist. Darüber hinaus ist weder in der C.P.O. noch in der K.O. der Partei eine Befugniß gegeben, mit einer an sich möglichen Erklärung über die Aufnahme zu zögern. Vgl. v. Wilmowski u. Levy Komm. zur C.P.O. Anm. 4 zu § 217. A.M. Petersen S. 61; Stieglitz S. 61. Ist der Verwalter bestellt und hat er, wenn nicht früher, dann durch die Ladung (mit Ladungsfrist, C.P.O. §. 194) Kenntniß vom Prozesse erhalten, so hat er sich zu erklären, unbeschadet des Rechts, die Verlegung oder Vertagung zu beantragen und unter Berücksichtigung der im Versäumnißfalle für Ver-

tagungen von Amtswegen in § 302 C.P.O. vorgeschriebenen Beschränkung. Ein Recht, auf die Bestellung eines Gläubigerausschusses behufs Einholung seiner Genehmigung für Prozesse über mehr als 300 Mark gemäß § 121 Nr. 2 zu warten (v. Sarwey S. 37, 38), hat der Verwalter schon deshalb nicht, weil die Befugniß des Gläubiger-Ausschusses cessirt, so lange keiner bestellt ist, Hullmann S. 80 Anm.

Im Falle einer Verzögerung soll § 217 C.P.O. entsprechend angewendet werden. Im § 217 C.P.O. ist die Unterbrechung eines Prozesses durch den Tod einer Partei und dessen Aufnahme durch ihre Rechtsnachfolger geordnet. (Schultze a. a. O. S. 9, 91, 92, macht darauf aufmerksam, daß die Anwendung des § 219 C.P.O. betreffend Unterbrechung bei Verlust der Prozeßunfähigkeit prinzipiell richtiger sei, als die an die Successionstheorie erinnernde Anwendung des § 217.) Bei entsprechender Anwendung des § 217 ergeben sich für unsern Fall folgende Regeln: Der Gegner kann den von ihm zu bezeichnenden Konkursverwalter zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache vor das Prozeßgericht laden lassen. Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist dem K.Verwalter zuzustellen. Die Ladungsfrist wird vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts bestimmt. Wenn der als K.Verwalter Geladene seine Qualität als solcher bestreitet, muß sie der Gegner beweisen. Erscheint der Verwalter in dem Termine nicht, so ist auf Antrag des Gegners anzunehmen, daß er als K.Verwalter bestellt sei, jedoch mit der Beschränkung, daß der Prozeßrichter, welcher die Legitimation eines gesetzlichen Vertreters von Amtswegen berücksichtigen muß (C.P.O. §§ 54, 300 Nr. 1), — was hinsichtlich der Rechtsnachfolge nach einem Verstorbenen nicht nöthig ist, — gegen die behauptete Verwaltereigenschaft von Amtswegen Bedenken erheben und deren Beseitigung durch Nachweis verlangen kann. Sofern Bedenken nicht erhoben oder durch Beweis erledigt werden, hat das Prozeßgericht durch Versäumnißurtheil auszusprechen, daß das Verfahren vom K.Verwalter aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist indeß erst nach Ablauf der dem Verwalter zustehenden zweiwöchentlichen Einspruchsfrist und wenn darin Einspruch eingelegt wird, erst nach dessen Erledigung statthaft.

6) Abs. 2 Aufnahme-Ablehnung oder von der Führung eines Nachweises über solche Schritte des Verwalters. — Abs. 2 fehlte im E. I. § 13. Es wurde von der Vork. in der Fassung zugesetzt: „Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so ist der G.Schuldner befugt und auf Verlangen des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit aufzunehmen." Die R.K. beschloß die jetzige Fassung, welche nicht nur dem G.Schuldner, sondern auch dem Gegner direkt das prozessuale Recht zur eignen Aufnahme, d. h. zur Fortsetzung des Prozesses gewährt. Dem Gegner des G.Schuldners soll hierdurch der Umweg erspart werden, daß er erst den G.Schuldner zur Aufnahme zwingen müßte. Prot. 97. Der Gegner des Aufnehmenden, wer dies auch sei, kann aus prozessualen Gründen der Aufnahme nicht widersprechen.

Für die Ablehnungserklärung des Verwalters ist eine Form nicht vorgeschrieben. Es genügt seine Mittheilung an den Gegner in der rechtsverbindlichen Form von Willenserklärungen. Vgl. A.H.G. Art. 317, Pr. A.L.R. I. 5 § 135. Der Verwalter muß zur Ablehnung nach § 121 Nr. 2 die Genehmigung des Gläubigerausschusses einholen, wenn ein solcher bestellt ist; vorher nach § 123 dem G.Schuldner Mittheilung machen und auf dessen gerichtlich erwirktes Verbot die Ablehnung einstweilen bis zur endgültigen Beschlußfassung der Gläubigerversammlung unterlassen, § 123, ohne daß jedoch von einer Mittheilung an den G.Schuldner oder von der Genehmigung des Gläubigerausschusses oder von der Führung eines Nachweises über solche Schritte die Gültigkeit einer thatsächlich erklärten Ablehnung dem Gegner gegenüber abhängt. § 124.

7) Die Erklärung des Verwalters, daß er die Aufnahme ablehnt, ist der Ausdruck seines Entschlusses, den seither vom G.Schuldner geltend gemachten Anspruch für

die Konkursmasse nicht verfolgen zu wollen. Mot. 46. Einen neuen Prozeß wegen desselben Anspruchs kann der Verwalter nicht anstrengen; demselben würde der Einwand der Litispendenz entgegenstehen. C.P.O. § 235. Den früheren Prozeß könnte der Verwalter wegen der gesetzlichen Unterbrechung nur nach vorgängiger Aufnahme und nur mit den Beschränkungen und Wirkungen des § 243 C.P.O. zurücknehmen. Eine Erklärung des Verwalters, daß er den Prozeß nicht aufnehmen und dennoch den streitigen Anspruch zur K.Masse geltend machen wolle, würde in sich widersprechend sein, falls der Anspruch nicht etwa vom Gegner nun anerkannt oder ein Vergleich darüber geschlossen wäre. In der R.K. hatte Hagens auf die Bemerkung des Abg. Hullmann: wenn der Verwalter die Aufnahme ablehne, so werde dies nicht zur K.Masse gehören sollen, erwidert: „der Verwalter werde sich bei der Ablehnung aussprechen, ob er den Anspruch zur Masse ziehen wolle oder nicht; unterlasse er eine solche Erklärung, so würde das Letztere zu gelten haben." Prot. 11. Diese Ansicht ist jedoch nach dem Vorbemerkten zu modifiziren.

In Folge des Verzichts des Verwalters auf Geltendmachung des Anspruchs für die K.Masse kann es sich unter den bisher streitenden Parteien nur noch darum handeln, ob der Gemeinschuldner denselben für sich als über ein nicht zur Konkursmasse gehöriges Objekt aufnehmen will oder soll. Abs. 2 bezeichnet die Regel: sowohl der G.Schuldner kann den Prozeß zu seinen Gunsten aufnehmen, als auch dessen Gegner; der letztere in Folge des geltend gemachten Ablehnungsrechts des Verwalters natürlich nicht gegen diesen, sondern gegen den G.Schuldner als gegen den in Folge dieser Ablehnung nunmehrigen Herrn und Vertreter des Anspruchs. Das Resultat des von oder gegen den G.Schuldner aufgenommenen Prozesses gewinnt oder verliert der G.Schuldner selbst für sich. Dernburg II. § 114 Nr. 2, Anm. 20. Die Regeler leidet ihre Ausnahmen in allen Fällen, worin der G.Schuldner aus sachlichen Gründen nicht Herr bez. Vertreter des Anspruchs werden kaun. Ist der Anspruch mit einem andern unzweifelhaft zur K.Masse gehörigen und zu derselben gezogenen Objekte untrennbar verbunden, z. B. als Servitut eines Grundstücks der Masse, so daß der Gewinn des Prozesses keinenfalls dem G.Schuldner für sich, sondern nur dem Grundstücke der Masse zu Gute kommen würde, so ist mit dem in der Ablehnung des Verwalters erklärten Verzichte desselben die Sache erledigt, und der G.Schuldner kann von der in prozessualer Beziehung im Abs. 2 ihm gegebenen Befugniß zur Aufnahme des Prozesses keinen Gebrauch machen. Ihm würde der Einwand entgegenstehen, daß er sachlich nicht legitimirt wäre, weil er das Verfügungsrecht über das Grundstück verloren hat, § 5, und dasselbe ohne das Grundstück wegen der unlösbaren Verbindung auch durch die Ablehnung des Verwalters gesetzlich nicht wieder gewinnen könne. Dem Gegner ist durch die Prozeßvorschrift des Abs. 2 dieser, auf die Sachlage und die Wirkung der K.Eröffnung gegründete, Einwand ebenso wenig entzogen, als dem Verwalter durch seine Aufnahme des Prozesses in der bisherigen Lage die K.Anfechtungsrechte entzogen sind. Vgl. Anm. 5. Dasselbe ist allemal der Fall, wenn der Anspruch, für dessen Verfolgung der Verwalter die Verfolgung ablehnt, mit einem andern für die Masse nicht aufgegebenen zusammenhängt, so daß der G.Schuldner den ersteren nicht geltend machen kann, weil der letztere nicht zu seiner Verfügung steht, so bei Ablehnung der Verfolgung einer hypothekarischen Klage des G.Schuldners, welche mit dessen persönlichen Forderung zusammenhängt; desgleichen bei Ablehnung einer Klage des G.Schuldners aus einem Rechtsgeschäfte, welches der G.Schuldner durch Kompensation oder Cession einer anderen Forderung erfüllt haben will. Hullmann S. 84, 85. Auch wenn der Gegner einen solchen Prozeß gegen den G.Schuldner aufnehmen wollte, so würde dieser ebenfalls seine mangelnde Legitimation entgegensetzen können. Ueber das Verhältniß des Gegners zu einem im Falle des Verkaufs des Grundstücks eintretenden Rechtsnachfolger vgl. C.P.O. §§ 237, 238.

Ein nach dem Gesetz v. 21. Juli 1879 anhängiger unterbrochener Anfechtungsprozeß kann, weil dies Anfechtungsrecht während des Konkurses nur vom Verwalter geltend gemacht werden kann, während desselben bei Ablehnung des Verwalters von keiner Partei in der Sache selbst aufgenommen werden; aber „lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann derselbe rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei aufgenommen werden," § 13 Ges. v. 21. Juli 1879. Lehnt der Verwalter die Aufnahme eines vom G.Schuldner angestrengten Prozesses ab, so kann der Gegner die bis zur K.Eröffnung ihm erwachsenen Kosten nicht nach § 52 Nr. 1 als Masseschuld fordern. Er kann sie jedoch als K.Forderung geltend machen, wenn er nachweist, daß der G.Schuldner ihm die Kosten durch einen ungerechtfertigten Prozeß verursacht hat, und im Falle einer Durchführung des Prozesses hätte zur Kostentragung verurtheilt werden müssen. Denn die Kostenerstattungspflicht wird als prozessualische Rechtsfolge des Unterliegens im Rechtsstreite schon mit dem Rechtsstreite begründet; das Recht darauf besteht also als bedingtes Recht im Sinne des § 2 schon zur Zeit der K.Eröffnung. Vgl. Anm. 1 III. zu § 2 und Anm. 1 zu § 55. Die Ablehnung der Aufnahme seitens des Verwalters kann ohnehin in der Regel ihm gegenüber als Anerkenntniß, daß er in der Sache selbst unterlegen haben würde, ausgelegt werden. Hullmann S. 86.

§ 9.

Rechtsstreitigkeiten, welche gegen[1] den Gemeinschuldner anhängig und auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse oder auf abgesonderte Befriedigung[2] gerichtet sind oder einen Anspruch betreffen, welcher als Masseschuld[3] zu erachten ist, können sowohl von dem Konkursverwalter als von dem Gegner[4] aufgenommen werden.[5]

Erkennt der Verwalter den Anspruch sofort an, so fallen ihm die Prozeßkosten nicht zur Last.[6]

E. I. 13. P. 8.

1) Der § 9 betrifft Prozesse, deren Streitgegenstand ein gegen den G.Schuldner hinsichtlich der K.Theilungsmasse gerichteter Anspruch ist, also Prozesse, welche passiv vom Verwalter für den G.Schuldner zu vertreten sind, — Passivprozesse über die Aktivmasse, im Gegensatze zu den Aktivprozessen über die Aktivmasse des § 8 (Ansprüche des G.Schuldners) einerseits, und zu den Prozessen über Konkursforderungen (Passivprozesse über die Passivmasse) andererseits, § 134 Abs. 3. Die Parteirolle als Kläger oder Beklagter ist hier wie für § 8 nicht entscheidend. Die Ansprüche der bezeichneten Art werden in der Regel gegen den G.Schuldner als Beklagten oder Widerbeklagten zur positiven Entscheidung gebracht werden; indeß gehören unter § 9 solche Ansprüche auch dann, wenn der G.Schuldner negatorisch seinerseits deshalb geklagt hat; vgl. Anm. 3 zu § 8. Die Mot. erklären solche Prozesse als nur in den im § 9 erwähnten drei Arten möglich:

1. über Ansprüche auf Gewährung von Objekten aus der K.Masse an den Kläger, — Ansprüche, welche den Umfang der Masse direkt vermindern, und welche, wenn nach der K.Eröffnung geltend gemacht, sachlich auf „Aussonderung eines Gegenstandes aus der K.Masse" gerichtet sind, I. Tit. 4;
2. über Ansprüche auf bevorrechtigte Belastung einzelner Gegenstände der K.Masse zu Gunsten des Klägers, — Ansprüche, welche den Umfang des von der Masse für die K.Gläubiger verwendbaren Verwerthungsresultats mindern und sachlich die abgesonderte Befriedigung erstreben, I. Tit. 5;
3. über Ansprüche, welche die Belastung der gesammten Masse durch Masseschulden bezwecken, I. Tit. 7. Mot. 45.

Um die Passivprozesse über die Aktivmasse zu erschöpfen, sind die zu denselben gehörigen Prozesse über Servituten oder andere unselbständige dingliche Rechte an Immobilien der Masse zu den Aussonderungsansprüchen zu rechnen, vgl. Anm. 2 zu § 35. Hullmann S. 82. Stieglitz Anm. I. — Die Aus- und die Absonderungs-Ansprüche können dinglicher oder persönlicher Natur sein, vgl. §§ 35, 43, 44. Darüber, daß die Prozesse die K.Masse betreffen müssen, über die Unterbrechung solcher Prozesse durch die K.Eröffnung, über das Formale und die Prozeßfolgen der Aufnahme gelten die Anm. 1, 2, 4 zu § 8. Ein Verfahren für den Fall der Verzögerung der Aufnahme, wie es nach § 8 Abs. 1 Satz 2 u. Anm. 5 zu § 8 stattfinden kann, ist für den § 9 nicht nöthig, weil hier beide Theile den Prozeß aufnehmen können, im Falle des § 8 Abs. 1 jedoch nur der Verwalter bis zu seiner Ablehnungserklärung zur Aufnahme befugt ist. Die im § 9 behandelten Ansprüche des Berechtigten bez. Beanspruchenden auf Aussonderung aus der K.Masse, auf abgesonderte Befriedigung daraus, und auf Feststellung einer Masseschuld können nur gegen den Verwalter als gesetzlichen Vertreter des G.-Schuldners hinsichtlich der K.Masse und nicht gegen den G.Schuldner persönlich, welcher hinsichtlich der K.Masse keine Prozeßfähigkeit hat, gerichtet werden. Die Aufnahme eines solchen, gemäß der Voraussetzung des § 9 zur Zeit der K.Eröffnung bereits anhängigen Prozesses durch oder gegen den G.Schuldner persönlich ist ausgeschlossen, sofern es feststeht, daß es sich um Aus- oder Absonderung aus der K.Masse oder um eine Masseschuld handeln soll. Es kann sich dann nur darum handeln, ob der Verwalter den Anspruch anerkennen oder bestreiten will, wenn nicht etwa beide Theile an dem Prozesse kein Interesse nehmen und ihn verabredetermaßen oder stillschweigend ruhen lassen wollen, C.P.O. § 228.

Indeß die Entscheidung der Frage, ob durch den schon schwebenden Prozeß aus der Konkursmasse ein Gegenstand ausgesondert, ob an Objekten derselben ein Absonderungsrecht oder ob eine Forderung als Masseanspruch beansprucht werden soll, liegt nicht immer schon bei der K.Eröffnung klar vor. Bis dahin war eine Sonderung des nicht zur K.Masse Gehörigen noch nicht vorzunehmen. Die Frage, ob ein Fall des § 9 vorliegt, ist in vielen Fällen erst nach den Erklärungen des Verwalters (welche Objekte er zur Masse beansprucht, §§ 15 ff., 52 Nr. 2) und theilweise nach den Erklärungen des Gegners (ob er einen geltend gemachten Anspruch als Masseschuld behauptet), zu entscheiden. Andererseits soll der Prozeß nur, wenn er die K.Masse betrifft, unterbrochen werden, C.P.O. § 218. Die Entscheidung, ob die Masse betroffen wird, ist daher im Verfahren über die Unterbrechung, wenn diese hinsichtlich der Zugehörigkeit zur Masse streitig wird, bez. über die Aufnahme zu treffen. Sofern dies dem Gegner gegenüber streitig wird, ist der Streit über desfallsige Einreden mangelnder Prozeßfähigkeit bez. fehlender Legitimation im Hauptprozesse zum Austrage zu bringen. Sofern darüber zwischen dem Verwalter und dem G.Schuldner ein Streit entsteht, ist derselbe unter ihnen in besonderem Verfahren zu entscheiden. Vgl. Anm. 2 V. zu § 1. — Wird festgestellt, daß ein Fall des § 9 nicht vorliegt, weil der Anspruch nicht gegen die Masse, sondern gegen ein zu derselben nicht gehöriges Objekt geltend gemacht wird, so ist der bereits anhängige Prozeß zwischen dem G.Schuldner selbst und dem Gegner als nach C.P.O. § 218 nicht unterbrochen, fortzuführen. Anm. 1, 2 zu § 8. Liegt der Fall des § 9 deshalb nicht vor, weil der Gegner den Anspruch nicht als Masseschuld, sondern als K.Forderung geltend machen will, so finden §§ 10, 126 ff., 132 Abs. 2, 134 Abs. 3 hinsichtlich einer Aufnahme des Prozesses Anwendung.

Zu unterscheiden von der vorstehenden Frage, wann die gesetzliche Zugehörigkeit des streitigen Gegenstandes zur K.Masse dem Gegner oder dem G.Schuldner gegenüber streitig ist, ist die weitere Frage, ob dann, wenn ein in Betreff von Aussonderungs- oder Absonderungsansprüchen in Anspruch genommener Gegenstand unstreitig nicht von

der K.Masse ausgeschlossen ist, der Verwalter sich von dem Prozesse dadurch befreien kann, daß er erklärt, er wolle den Gegenstand nicht zur Masse ziehen, sondern dem G.Schuldner freigeben; vgl. darüber Anm. 5.

2) Die abgesonderte Befriedigung ist im technischen Sinne der K.O. als „abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur K.Masse gehören" (§ 3 und Tit. 5) zu verstehen. Ist der Antrag im anhängigen Prozesse nur auf Befriedigung und nicht auf Befriedigung aus bestimmten Objekten oder mit Vorrechten hinsichtlich solcher gerichtet, so ist dadurch noch kein auf abgesonderte Befriedigung gerichteter Rechtsstreit anhängig.

3) Ein schon anhängiger Rechtsstreit über einen Anspruch, welcher als Masseschuld zu erachten bez. möglich ist, kann zur Zeit der K.Eröffnung nur hinsichtlich der im § 52 Nr. 2 erwähnten, noch unerfüllten zweiseitigen Verträge vorliegen. Die anderen Fälle der Masseschulden des § 52 Nr. 1, 3 setzen voraus, daß das Rechtsgeschäft oder der Anspruch erst in die Zeit nach der K.Eröffnung fällt.

4) Im E. war nur der K.Verwalter berechtigt erklärt, den Prozeß aufzunehmen; es sollte § 8 Abs. 1 anwendbar sein (der Gegner sollte gemäß Entw. der C.P.O. § 210 das in Anm. 5 zu § 8 bezeichnete Verfahren wegen Verzögerung veranlassen können); und wenn der Verwalter die Aufnahme ablehne, sollte der Anspruch „als anerkannt gelten", — was jedoch nach der Erläuterung in der R.K. keinen Exekutionstitel gegen den Verwalter schaffe, da anzunehmen sei, daß die materielle Verpflichtung des Verwalters genüge und Letzterer dieser Verpflichtung gemäß verfahren werde. Er sollte nicht gezwungen sein, den Prozeß auf Kosten der K.Masse auch dann aufzunehmen, wenn er den Anspruch anerkennen und erfüllen wollte. Die R.K. hat dafür beiden Theilen das Recht zur Aufnahme gegeben, den § 9 in seiner jetzigen Fassung redigirt und durch Abs. 2 dem Bedenken hinsichtlich der Kosten entsprechen wollen. Prot. 11, 12, 97, 98.

5) Unter der Voraussetzung, daß der auszusondernde Gegenstand sich in der Masse befindet, oder der Gegenstand, in welchem Absonderungsansprüche geltend gemacht werden, einen Bestandtheil der K.Masse nach § 1 bildet, bez. eine Masseschuld gemäß Anm. 3 vorst. vorliegt, kann nicht der G.Schuldner, sondern können nur der Verwalter und der Gegner des G.Schuldners den Prozeß aufnehmen; aber Jeder von diesen auch unbedingt und ohne Rücksicht auf die Parteistellung. Nimmt der Gegner auf, so ist der Verwalter seine nothwendige Gegenpartei, — abgesehen von einem nach Anm. 1 sich erhebenden Streite. Dem Verlangen auf Prozeß-Aufnahme kann der Gegner des Aufnehmenden — mag es der Verwalter oder sein Gegner sein — den Einwand entgegensetzen, daß der Fall des § 9 nicht vorliegt, und kann, abgesehen von Einwendungen, welche die Sache selbst betreffen, der Aufnahme an sich nur diesen Einwand entgegenstellen. Anderenfalls hat er seine Verurtheilung bez. durch Versäumnißurtheil zu gewärtigen. Der Verwalter muß entweder den Anspruch des Gegners anerkennen bez. wenn der G.Schuldner Kläger war, auf seinen Widerspruch verzichten, oder den gegnerischen Anspruch bestreiten. Dies ist die nothwendige Folge einerseits des gegnerischen Rechts auf Aufnahme und andrerseits der Vorschrift, daß nur der Verwalter und der Gegner aufnehmen könne, dagegen abweichend von § 8 Abs. 2 nicht der G.Schuldner. Von v. Sarwey S. 41, 42; Stieglitz Anm. II. S. 64; Wegler S. 115, 116 (vgl. dagegen Hullmann S. 81 Anm.; v. Völdernborff I. S. 152, 153; Petersen S. 62) ist die Ansicht aufgestellt: der Verwalter könne auch erklären, er wolle den an sich in der K.-Masse befindlichen, vom G.Schuldner bez. nun vom Verwalter besessenen Gegenstand in Betreff dessen ein Absonderungsanspruch erhoben wird, oder den an sich zur K.Masse gehörigen Gegenstand, an welchem ein Absonderungsanspruch oder mit Rücksicht, auf welchen ein Masseanspruch nach § 52 Nr. 2 geltend gemacht wird, nicht zur Masse beanspruchen und dem G.Schuldner persönlich die Verfügung darüber und deshalb auch

die Führung des Prozesses darüber überlassen. Dies widerspricht jedoch dem § 9 in jeder Beziehung. Was zur K.Masse im Sinne der §§ 1, 35, 39 ff., also ebenso im Sinne des § 9 gehört, hängt nicht vom Willen des Verwalters ab, sondern von dem Zutreffen der gesetzlichen Voraussetzungen. Der Verwalter kann darauf verzichten, Ansprüche und Gegenstände des G.Schuldners zu verwerthen, wenn er dies nicht vortheilhaft findet; aber er kann, sofern Rechte der im § 9 bezeichneten Art geltend gemacht sind, diesen Rechten gegenüber die ihm nach §§ 5, 9 obliegende Vertretung des G.-Schuldners nicht ablehnen und nicht durch seine Erklärung bewirken, daß die Objekte nicht aus bez. hinsichtlich der K.Masse geltend gemacht werden. Die auf positiver Vorschrift beruhende Ausnahme des § 8 Abs. 2 betreffs der Zulässigkeit einer Ablehnung der Aufnahme durch den Verwalter und der Gestattung einer Aufnahme durch den G.-Schuldner müßte auch für den § 9 gestattet sein, um sie hier möglich zu machen. Die praktischen Folgen anderer Auffassung würden auch unerträglich sein, wenn der Besitzer eines verschuldeten Grundstücks in Konkurs verfiele und der Verwalter unter solcher Erklärung die Vertretung ablehnen und die Hypothekengläubiger an den etwa gar flüchtigen G.Schuldner verweisen könnte.

Ebenso widerspricht es den §§ 9 und 5, mit Schultze a. a. O. S. 95 ff., 98 anzunehmen: Wenn ein anhängiger Vindikationsanspruch nach der K.Eröffnung als Aussonderungsanspruch gegen den Verwalter weiter geführt werde, so könne, wenn der Verwalter sich bei dem verurtheilenden Erkenntnisse beruhigt, der G.Schuldner seinerseits ein Rechtsmittel einlegen. Einer solchen für den Gegner unerträglichen Position steht entgegen, daß der G.Schuldner nach § 5 an das Resultat des vom Verwalter geführten Prozesses gebunden ist, wenn das Objekt zur K.Masse beansprucht wurde und der Verwalter sich deshalb auf den Prozeß einließ, vergl. Anm. 1 zu § 8; und daß, wenn dem G.Schuldner persönlich das Streitobjekt als ein nicht zur K.Masse gehöriges belassen werden soll, der Verwalter nicht erst über dasselbe als ein zur Masse gehöriges prozessiren darf. Schon durch die ausdrücklichen oder stillschweigend konkludenten Erklärungen des Verwalters über die Vorfrage, ob das Objekt zur K.Masse zu rechnen, ist der G.Schuldner gebunden. Einen demnächstigen Verzicht zu Gunsten des G.Schuldners schließt § 9 aus und will offenbar das Schicksal der gesammten Rechtsstreitigkeit von der Prozeßführung derjenigen abhängen lassen, welchen allein § 9 die Aufnahme gestattet.

6) Erkennt der Verwalter den Anspruch an, so ist er nach C.P.O. § 278 „auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen." Der Gegner erhält dadurch einen Titel zur Zwangsvollstreckung, C.P.O. § 644. Der G.Schuldner ist auch für sich durch das vom Verwalter in seiner Vertretung abgegebene Anerkenntniß gebunden. — Im Falle eines sofortigen, d. h. ohne Verzögerung nach der K.Eröffnung und etwaigem Antrage des Gegners auf Aufnahme, ohne vorgängiges Bestreiten bez. ohne Veranlassung weiterer Kosten abgegebenen Anerkenntnisses fallen nach Abs. 2 dem Verwalter (also der Masse) die bisherigen Prozeßkosten nicht zur Last, wie andernfalls aus § 52 Nr. 1 folgen würde. Prot. 98. Dies soll dem § 89 C.P.O. entsprechen.

Bei der Berathung des, von der R.K. zugesetzten Abs. 2 (vgl. Anm. 4) wurde vom Antragsteller (v. Bahl) bemerkt, daß der Frage, ob die Kosten dem G.Schuldner zur Last zu legen seien und ob der Gegner sie als K.Forderung geltend machen könne, nicht präjudizirt werde. Hagens bemerkte, dies sei „nach allgemeinen Grundsätzen" zu entscheiden. Prot. 98. Nach den „allgemeinen Grundsätzen" des § 87 C.P.O. können indeß die Kosten dem Gegner nicht auferlegt werden, da er den Prozeß durch das Anerkenntniß des Verwalters gewonnen hat. Der G.Schuldner — als die durch den Verwalter vertretene verliernde Partei, — bleibt zur Kostentragung mit der Beschränkung verpflichtet, daß die Forderung nicht als Masseschuld, sondern nur als K.Forderung bez. gegen den G.Schuldner persönlich außerhalb des K.Verfahrens, sofern der Gegner dies

will, geltend zu machen ist. Bei der Entscheidung des Kostenpunktes, welche nach C.P.O. §§ 279, 292 sofort mit dem Urtheil in der Sache selbst erfolgen soll, können jedoch die Kosten dem G.Schuldner persönlich, wenngleich er durch den Verwalter vertreten und gebunden ist, deshalb nicht auferlegt werden, weil die auf Kostentragung gerichtete Konkursforderung des Gegners (bez. der Gerichtskasse) nach §§ 10, 126 ff. nur im Wege der Anmeldung, Prüfung und Feststellung geltend gemacht werden kann. Andererseits würde es der blos zu Gunsten der Masse erlassenen, negativen Vorschrift des Abs. 2 und dem § 87 C.P.O. nicht entsprechen, wenn dem in der Sache in Folge des Anerkenntnisses obliegenden Gegner unbedingt und vorbehaltlos die Kosten eines solchen Prozesses auferlegt würden, zumal da eine derartige rechtskräftige Kostenentscheidung, vgl. C.P.O. § 94, auch einer demnächstigen Geltendmachung einer K.Forderung auf Kostenerstattung entgegengesetzt werden könnte. Bei dieser Sachlage kommen die Betheiligten praktisch nur dann zu ihrem Rechte, wenn im Urtheile dem Gegner ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, die Kostenerstattung als K.Forderung geltend zu machen.

Eine weitere Modifikation kann die Kostenentscheidung bei Absonderungsansprüchen erleiden, wenn, wie meistentheils bei der Einklagung von Hypothekenforderungen, das Absonderungsobjekt dem Gläubiger auch für die Kosten haftet. Vgl. § 32 preuß. Eig.-Ges. v. 5. Mai 1872. Der Anspruch auf Erstattung der Kosten aus der Kaufgeldermasse eines subhastirten Grundstücks des G.Schuldners, welches an sich zu seiner K.Masse gehört, würde alsdann die Masse bez. den Verwalter schädigen, wenn ohne diese Kostenerstattung ein entsprechender Theil der Kaufgelder zur Masse kommen müßte oder einem persönlichen Gläubiger des G.Schuldners zu Gute käme, dessen (sonst größerer) Ausfall eine K.Forderung wird. In solchem Falle können daher die vom § 9 Abs. 2 betroffenen Prozeßkosten aus der Kaufgeldermasse nicht beansprucht werden, vgl. preuß. Subhast.-O. § 70. Sofern jedoch ein durch den Kostenanspruch entstandener Ausfall einen nur dinglich Absonderungsberechtigten betrifft, ohne auf die Erhöhung der K.Forderungen und auf einen Zuwachs der Masse Einfluß zu haben, kann dem Kostenanspruche der Abs. 2 § 9 nicht entgegengesetzt werden, weil die Masse dann durch diesen Anspruch nicht berührt und das für Kosten bestehende Pfandrecht unmittelbar durch § 9 nicht beseitigt wird. Vgl. Anm. zu § 3 und Anm. 2 zu § 39. Sachgemäß ist daher dem Hypothekengläubiger in der Kostenentscheidung auch das Recht auf etwaige Kostenerstattung aus der Kaufgeldermasse vorzubehalten. — Prozesse, welche erst nach der K.Eröffnung gegen den Verwalter angestrengt werden, bleiben selbstverständlich vom § 9 Abs. 2 unberührt.

§ 10.

Konkursgläubiger können ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse[1] nur nach Maßgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren verfolgen.[2]

E. I. 14. P. 8.

1) Auch die Ansprüche der K.Gläubiger auf gemeinsame Befriedigung aus der Masse (vgl. § 2) betreffen die „Konkursmasse.“ Etwaige Prozesse werden nach C.P.O. § 218 durch die K.Eröffnung unterbrochen. Der Gläubiger kann, sofern er Sicherung (§ 60) oder Befriedigung „aus der K.Masse“ erstrebt, diese nur durch Liquidirung im K.Verfahren (nach I. Tit. 8, II. Tit. 4, 5) erreichen. Durch den Zusatz „aus der K.Masse“ im § 10 ist per arg. e contrario zugleich ausgedrückt, daß der Gläubiger nicht unbedingt genöthigt ist, eine Forderung im K.Verfahren anzumelden, und durch Nichtanmeldung die Forderung selbst nicht verliert, und daß insbesondere, wenn er sie nicht aus der K.Masse befriedigt

haben will, das desfallsige Verfahren außerhalb der Vorschriften für das K.Verfahren fällt. Sofern er dies will, kann er gegen den G.Schuldner einen Prozeß anstrengen oder fortsetzen, um eine Feststellung der Forderung gegenüber dem G.Schuldner oder dessen Verurtheilung zur Zahlung nach Aufhebung des Konkurses (vgl. § 11) zu erlangen. Vgl. R.O.H. 12, 239. (Die auf die preuß. K.O. gegründeten Entsch. in Strieth. 2, 341; 60, 625 sind hier nicht zutreffend.) Auf einen bereits anhängigen Prozeß, welcher mit dieser Richtung fortgesetzt werden soll, hat der Konkurs keinen Einfluß; er wird nicht durch die K.Eröffnung unterbrochen, weil er nicht die Masse betrifft, C.P.O. § 218. Mot. 46—49. Zur Feststellung dieses Umstandes muß jedoch der Gläubiger ausdrücklich erklären, daß er nicht Befriedigung aus der Masse bez. nur Vollstreckung nach dem Konkurse (gemäß § 11) verlange. Er hat seinen Antrag demgemäß zu modifiziren, da ohne solche Restriktion der Prozeß als die Masse betreffend kraft Gesetzes durch die K.Eröffnung unterbrochen wird. Die Ansicht v. Völderndorff I. S. 156 Anm. 2, daß es zur Fortsetzung oder Neuanstrengung eines Prozesses zu diesem Zwecke keines besonderen Ausdrucks der Restriktion bedürfe, weil sie von selbst eine nothwendige Folge des Konkurses hat, widerspricht nicht nur den Mot. 49, sondern auch dem § 10 selbst. Würde allgemein und ohne Einschränkung geklagt und demgemäß erkannt, so würde dies eine nach § 10 unzulässige Verfolgung enthalten, da einem solchen Urtheil die Erkennbarkeit des nach § 10 allein zulässigen Umfangs seiner Wirkung fehlen würde. — Andererseits ist nicht, (wovon Hullmann S. 87 ff. ausgeht) ein Verzicht auf das Recht der Betheiligung an der K.Masse nöthig. Durch den Verzicht hört freilich erst der Gläubiger auf, K.Gläubiger zu sein; indeß auch wenn er dies bleibt, ist er durch §§ 10, 11 an anderen Maßregeln, als den durch die §§ 10, 11 untersagten, also als Verfolgung „der Sicherstellung oder Befriedigung aus der K.Masse" bez. Veranlassung von Arresten oder Zwangsvollstreckung während des Konkurses nicht gehindert.

Eine solche Klage kann für angemeldete, sowie für nicht angemeldete K.Forderungen als Klage zur Feststellung eines Rechtsverhältnisses erhoben werden und sind dann die Voraussetzungen nach C.P.O. § 231 zu beurtheilen. Das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung wird in der Regel durch die Konkurslage gegeben; ist indeß für angemeldete Forderungen dadurch bedingt, daß die Prüfung und das Bestreiten der Forderung, insbesondere auch seitens des G.Schuldners abzuwarten ist, da für nicht bestrittene die Feststellung durch den Konkurs erfolgt und ein Interesse an besonderer Feststellung fehlen wird. Vgl. Hullmann S. 87, 88. Der Weg der Feststellungsklage ist indeß nicht (a.M. Stieglitz S. 66, 67) der allein zulässige. Der Gläubiger kann auch konkret mit dem Antrage auf Gewährung einer Leistung nach Aufhebung des Konkurses klagen, was über den Begriff der reinen Feststellungsklage hinausgeht und auch nicht unbedingt den Erfordernissen des § 231 C.P.O. unterliegt. Vgl. Anm. 6 zu C.P.O. § 231. Bezweckt der Gläubiger eine Betheiligung an der Masse, so hat er einen unterbrochenen Prozeß über seinen Anspruch gegen den bestreitenden Verwalter bez. die bestreitenden anderen Gläubiger aufzunehmen. Vgl. §§ 132, 134.

2) Auch Forderungen, welche nicht im Rechtswege, sondern im Verwaltungswege an sich geltend zu machen sind, müssen behufs der Betheiligung an der K.Masse nach den Vorschriften der K.O. angemeldet und verfolgt werden. § 134 Abs. 5. „Auf sie findet aber nicht die C.P.O. Anwendung. Ob und wie daher Verwaltungsprozesse, welche etwa anhängig sind, durch die K.Eröffnung unterbrochen werden, richtet sich nach den landesrechtlichen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren." Mot. 49. Die preuß. Ges. vom 3. Juli 1875, betreffend das Verwaltungsstreitverfahren, G.S. S. 375, vom 26. Juli 1876, betreffend die Verwaltungs-Zuständigkeit, G.S. S. 297 und vom 2. August 1880, betreffend Abänderungen des ersteren Gesetzes, G.S. S. 315, enthalten keine Bestimmungen über eine Unterbrechung durch einen Konkurs. Für jedes Verfahren sind

die allgemeinen Grundsätze durchgreifend, daß nach der K.Eröffnung der G.Schuldner hinsichtlich der Masse nicht mehr handlungs- und verfügungsfähig und der Verwalter sein gesetzlicher Vertreter ist. §§ 5, 6.

§ 11.

Während der Dauer des Konkursverfahrens[1] finden Arreste und Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger[2] weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige[3] Vermögen[4] des Gemeinschuldners statt.[5]

E. I. 15. P. 9.

1) Zum Zwecke „die Masse unter alle Gläubiger gemeinsam zu vertheilen," ist das einzelne Vorgehen der Konkursgläubiger während der Dauer des K.Verfahrens gehemmt. Mot. 50. Das Hinderniß betrifft noch nicht die Zeit der vorbereitenden Stadien vor der K.Eröffnung, soweit nicht die gesetzliche Wirkung eines etwa erlassenen allgemeinen Veräußerungsverbots gemäß § 98 reicht, und hindert andererseits keinen K.Gläubiger nach der K.Beendigung an Zwangsvollstreckungen, § 152. Vgl. auch Anm. zu § 98 und nachstehende Anm. 5. Ausnahmen vom § 11 sind im § 207 und im Anf.-Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 (vgl. nachst. Anm. 4) zugelassen.

2) Das Verbot gilt nur gegen Anträge für Konkursgläubiger. Aussonderungsberechtigte (Vindikanten) und Absonderungsberechtigte können Exekutionen veranlassen. Vgl. §§ 3, 116, 117. Anm. zu § 2, Anm. 5 zu § 117. Auch Massegläubiger sind daran nicht gehindert. Neue Gläubiger, deren Forderungen nach der K.Eröffnung erst entstanden sind, können gegen das neu erworbene Vermögen des G.Schuldners Arreste und Zwangsvollstreckungen veranlassen. Gläubiger, deren Ansprüche zu den K.Gläubigern nicht gehören, weil sie nicht das Vermögen betreffen, sind vom Verbote des § 11 an sich nicht betroffen, soweit nicht ihre Forderungen sich in Geldforderungen verwandeln und dann K.Forderungen sind. Das Verbot des § 11 ist andererseits gegen Alle gerichtet, welche begrifflich zur Klasse der K.Gläubiger nach § 2 gehören, ohne Rücksicht darauf, ob sie sich zur Befriedigung aus der K.Masse gemeldet haben oder überhaupt nicht melden wollen oder nach § 56 nicht betheiligen dürfen. Die im § 56 bezeichneten Gläubiger sind ex ratione legis vom § 11 mitbetroffen, vgl. Anm. 3. — Auch ein Verzicht auf Betheiligung an der K.Masse ändert nichts. Denn selbst durch einen solchen Verzicht können sie zwar die den K.Gläubigern nach dem Prinzipe des § 2 eingeräumten Rechte verlieren, sich aber den denselben in den §§ 10, 11 auferlegten Pflichten und Beschränkungen nicht entziehen, und ihre Eigenschaft als K.Gläubiger würden sie nur durch einen Verzicht auf ihre Forderung selbst verlieren.

3) Dieselben „Billigkeitsrücksichten und wirthschaftlichen Erwägungen," welche dazu geführt haben, gemäß § 1 der K.Masse den neuen Erwerb des G.Schuldners zu entziehen, haben auch das Verbot der Exekution in das von der Masse ausgeschlossene Vermögen veranlaßt. Mot. 52. Ein Antrag, Arreste in einen späteren Erwerb des G.Schuldners aus Erbschaften, Glücksfällen und Schenkungen zu gestatten, ist in der R.K. abgelehnt. Prot. 12—14.

4) Zu dem vom Verbote des § 11 betroffenen „sonstigen" Vermögen gehört sowohl das gesetzlich zur K.Masse nicht gehörige, als auch die vom Verwalter etwa dem G.Schuldner freigegebenen Objekte. Ebenso können K.Gläubiger nicht an der K.Masse eines über den neuen Erwerb eröffneten zweiten Konkurses Theil nehmen; die Anmeldung zu einem solchen bewirkt zwar weder einen Arrest noch eine Zwangsvollstreckung im gesetzlichen Sinne für sie, steht jedoch einer Klage auf Betheiligung gleich, welche, wenn zulässig, thatsächlich durch gleichwirkende Mittel zu dem gleichen Resultate führen würde und der

ratio legis des § 11 widerspricht. Hullmann S. 90; Stieglitz Anm. VII. S. 71. — Eine positive Ausnahme von § 11 bestimmt das Anfecht.-Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 Abs. 5: „Rechtshandlungen, welche der G.Schuldner rücksichtlich seines nicht zur K.Masse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den K.Gläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Maßgabe dieses Gesetzes angefochten werden." „Die Rücksichtnahme auf die künftige Prosperität des G.Schuldners," welche für die Vorschrift des § 11 K.O. bestimmend ist, vgl. Anm. 3, fällt fort, „wenn der G.Schuldner die ihm gewährte Erwerbsfreiheit mißbraucht, um über sein neu erworbenes Vermögen in einer an sich der Anfechtung unterliegenden Weise zum Nachtheile seiner Gläubiger zu verfügen." Mot. z. Anfecht.-Ges. S. 668. Dadurch, daß § 11 den K.Gläubigern die Exekution in das Vermögen des G.Schuldners verbietet, ist ihnen zugleich der einzige Fall, in welchem die eigentliche Haft nach § 798 C.P.O. als „persönlicher Sicherheitsarrest" gestattet ist, gegen den G.Schuldner untersagt; denn die Haft ist nach § 798 als Arrest nur statthaft, „wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern" und ist daher nicht in Fällen zulässig, in welchen eine zu sichernde Zwangsvollstreckung in das Vermögen überhaupt nach § 11 nicht erfolgen darf. Die Gläubiger sind im Uebrigen durch § 11 nicht gehindert, die Verhaftung des G.Schuldners zu veranlassen, soweit sie gesetzlich im Wege der Zwangsvollstreckung zulässig ist. Sie ist nur noch statthaft: zur Vornahme von Handlungen, welche durch einen Dritten nicht vorgenommen werden können und ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen, C.P.O. § 774, zur Unterlassung oder Duldung von Handlungen, C.P.O. § 775, und zur Leistung des Offenbarungseides, C.P.O. § 782 (vgl. §§ 711, 769). Hinsichtlich des Offenbarungseides ist für die K.Gläubiger die besondere Vorschrift des § 115 maßgebend. Soweit die übrigen Ansprüche sich in Geldforderungen verwandeln, kann auch die Exekution nur eine Exekution in das Vermögen sein, wie eine solche auch nur hinsichtlich der in §§ 774, 775 C.P.O. erwähnten und nach § 56 Nr. 3 im Konkurse nicht zu berücksichtigenden Geldstrafen möglich wäre. Soweit dagegen die von den §§ 774, 775 C.P.O. betroffenen Ansprüche nicht geldwerthe Forderungen sind, bleiben sie ohnehin von den K.Forderungen ausgeschlossen. Vgl. Anm. zu § 2 Nr. 2 und vorst. Anm. 2.

5) Sofern zur Zeit der K.Eröffnung der Pfändungsakt für bewegliches Vermögen noch nicht vollzogen oder ein zur Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen nothwendiger Akt noch nicht erfolgt ist, darf derselbe nicht mehr erfolgen. Vgl. Entsch. 49, 372; Strieth. 46, 254. Der Gerichtsvollzieher, welcher nicht schon gepfändet hat, während ihm die K.Eröffnung nachgewiesen wird, darf keine Pfändung vornehmen. Vorher ist er daran selbst durch den Antrag auf K.Eröffnung nicht gehindert; wird ihm jedoch ein nach § 98 erlassenes Veräußerungsverbot nachgewiesen, so kann er kein Pfandrecht mehr begründen und hat von der Pfändung Abstand zu nehmen. — Soweit dagegen zur Zeit der K.Eröffnung Arreste oder Zwangsvollstreckungen schon erwirkt sind, behalten sie für den Konkurs (abgesehen von einer Anfechtbarkeit § 28) ihre Wirkung. Ein Gläubiger, für welchen eine Sache oder eine Forderung gepfändet ist, §§ 709, 730, ist aus einem persönlichen Gläubiger ein absonderungsberechtigter Pfandgläubiger geworden, also dem § 11 nicht mehr unterworfen. Der Verkauf solcher gepfändeter Sachen und die Ueberweisung bez. Geltendmachung gepfändeter Forderungen wird durch den Konkurs nicht gehindert; das Zwangsvollstreckungsverfahren ist kein anhängiges Streitverfahren, welches nach § 218 C.P.O. unterbrochen würde.

Die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen bestimmt sich gemäß C.P.O. § 757 nach den Landesgesetzen. Die Zwangsvollstreckung auf Antrag eines Absonderungsberechtigten wird vom Konkurse überhaupt nicht berührt. Anm. 2. Hatte ein persönlicher Gläubiger eine solche schon vor der K.Eröffnung beantragt, so kann sie

zwar nach § 11 nicht mit einer den einzelnen Extrahenten ferner begünstigenden Wirkung „zu Gunsten einzelner K.Gläubiger," aber zu Gunsten aller K.Gläubiger durch den Verwalter (§ 116) fortgesetzt werden. Wo nach Landesrecht die Einleitung der Zwangsverwaltung oder der Zwangsversteigerung oder ein anderer Akt dem Antragsteller ein dingliches Recht verleiht, wirkt dies nach § 39 auch für den sonst persönlichen Gläubiger als Absonderungsrecht. Nach preuß. Rechte ist dies nicht der Fall. Entsch. 44, 247. Strieth. 54, 262.

§ 12.[1]

Pfand-[2] und Hypothekenrechte,[3] Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte[4] an Gegenständen der Konkursmasse können nach der Eröffnung des Konkursverfahrens[5] nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger[6] erworben oder eingetragen werden,[7] wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist.[8]

E. I. 16. 18. P. 10. 11.

1) Mit Rücksicht auf den leitenden Grundsatz des Konkursanspruchs der Gläubiger auf gemeinschaftliche Befriedigung, der par conditio aller K.Gläubiger unter Festhaltung des Zeitpunkts der K.Eröffnung soll nach dieser Zeit Keiner derselben eine Forderung gegen die Masse einzeln und außerhalb des Gesammtkonkursverfahrens verfolgen, § 10, Keiner für seine Forderung abgesondert eine Zwangsvollstreckung gegen die Masse erwirken oder sichern, § 11, und für Keinen seine Lage zur K.Masse zum Nachtheil der anderen Gläubiger durch Vor- oder Sicherungsrechte sich verbessern, § 12. Abgesehen von der Anfechtbarkeit der früher erworbenen Absonderungsrechte (§§ 22 ff.) und auch abgesehen von der Nichtigkeit der seitens des G.Schuldners nach der Eröffnung erfolgten Bewilligungen (§ 6) kann nach der K.Eröffnung ein Absonderungsrecht, ein Vorrecht oder Zurückbehaltungsrecht überhaupt nicht mehr erworben werden. Nur derartige Erwerbungen sind durch § 12 betroffen; nicht der schon im § 6 behandelte Einfluß von Rechtshandlungen des G.Schuldners und nicht der durch den Wortlaut des § 12 schon ausgeschlossene Erwerb vor der K.Eröffnung. „Ein, auch ohne Zuthun des Gemeinschuldners nach der K.Eröffnung erworbenes Absonderungsrecht ist den K.Gläubigern gegenüber unwirksam, wenngleich der Anspruch auf Erlangung desselben schon vorher gültig und unanfechtbar bestand." Mot. 53, 54. Diesem Grundsatze entsprechend ist zur Wirksamkeit des Absonderungsrechtes nothwendig, daß alle Akte, welche zum Erwerbe des Absonderungsrechts selbst erforderlich sind, bereits vor der K.Eröffnung erfolgt waren. Wer zu dieser Zeit das als Absonderungsrecht qualifizirte Recht noch nicht erworben hat, kann es auch bei späterer Ergänzung der fehlenden Requisite nicht geltend machen, ohne Rücksicht darauf, daß die fehlenden Akte nicht auf einer Thätigkeit des G.Schuldners beruhen, oder darauf, daß für den Gläubiger ein persönlicher Rechtsanspruch auf den Erwerb (jus ad rem, Preuß. A.L.R. I. 19 §§ 2 ff.) schon vorher begründet war, und ohne Rücksicht darauf, ob der damalige Gläubiger in bona fide war (vgl. § 24 Nr. 1).

Daß der gute Glaube keinen Einwand gegen § 12 begründen kann, erhellt aus der Unbedingtheit der Vorschrift.

Die Vorschrift ist besonders in solchen Fällen von praktischer Bedeutung, wenn ein persönliches Recht bereits begründet war, zur Begründung des Absonderungsrechts, Vorrechts oder Retentionsrechts aber noch eine andere rechtsbestimmende Thatsache (Besitz, Eintragung, schriftliche oder sonstige formelle Erklärung, Mittheilung u. s. w.) erforderlich ist. Die Zusammenstellung „erworben oder eingetragen" im § 12 hat nur die Bedeu-

tung, daß für diejenigen Hypothekensysteme, nach welchen der Erwerb der Hypotheken oder Privilegien zur Gewinnung des Vorrangs und der dinglichen Kraft nicht genügt, sondern hierzu noch eine Eintragung hinzukommen muß, auch diese Eintragung vor der K.Eröffnung erfolgt sein muß, um im Konkurse wirksam zu werden (Code civil. vgl. Anm. 3). Für diese Beschränkung der Bedeutung wäre freilich ein genauerer Ausdruck wünschenswerth gewesen.

Pfandrechte bez. Vorrechte an Gegenständen, welche nicht zur K.Masse gehören, sind vom § 12 nicht betroffen. Ebenso nicht Verwaltungsakte, Verpfändungen ꝛc. des Verwalters, da § 12 (wie §§ 10, 11) darüber bestimmt, welche Rechte ein Konkursgläubiger als solcher hat, bez. erlangen kann, nicht ein mit dem Verwalter verhandelnder Massegläubiger. Für solche Verwaltungsakte sind §§ 5, 52 Nr. 1, 122 Nr. 2, 124 sedes materiae.

2) Pfandrechte an beweglichen Sachen sind nur dann wirksam, wenn die nach §§ 40, 41 und E.G. §§ 14—17 im einzelnen Falle nöthigen Erfordernisse sämmtlich vor der K.Eröffnung vorhanden waren.

3) Welcher Akt für den Erwerb von Pfand- und Hypothekenrechten oder Vorzugsrechten an unbeweglichen Sachen entscheidend ist, bestimmt sich nach der Landesgesetzgebung, § 39, C.P.O. § 757. Für das preuß. Recht ist die Frage streitig. Mit Rücksicht auf die mit § 12 übereinstimmende Vorschrift des § 10 Preuß. K.O. nahm das Obertribunal zu Berlin an, daß zur „Erlangung" des Hypothekenrechts die Präsentation des begründeten Eintragungsantrags bei der Hypothekenbehörde (Grundbuch-Amte) sowohl nach dem landrechtlichen Hypothekensysteme (Entsch. 47, 180; 58, 196. Strieth. 52, 129; 66, 164 gegen die Motive zu P. § 10. Goltd. S. 91; vgl. Gruchot Beitr. 6, 230; 14, 127), als auch nach dem Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 18, 34, 36, 17 (Entsch. 78, 299; vgl. Entsch. 76, 163) schon genüge. Dies ist auch hinsichtlich der Vorschrift des § 12 K.O. zum „Erwerbe" des Hypothekenrechts maßgebend. Vgl. auch Dernburg Bd. II. § 114 Nr. 3, Anm. 24. — Für die Grundschuld des preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 erklärt § 18 zwar, „das Recht der Grundschuld entstehe durch die Eintragung". Indeß durch die auf die einseitige Erklärung des Konstituenten erfolgende Eintragung wird für den Gläubiger das dingliche Recht (Pfand- oder Hypothekenrecht im Sinne des § 12) noch nicht erworben. Das „Verfügungsrecht über die Grundschuld", also das Eigenthum des Grundschuldrechts (A.L.R. I. 8 § 1; I. 15 § 3) „erlangt der eingetragene Gläubiger erst durch die Aushändigung des Grundschuldbriefes an ihn". Hierdurch hat für den Gläubiger der § 18 nur die Bedeutung, daß, wenn ihm der Grundschuldbrief ausgehändigt ist, sein Recht gegenüber dem Schuldner und Dritten als mit der Eintragung und durch deren Inhalt präzisirt entstanden ist; vgl. §§ 37 ff. Das Recht selbst erwirbt er erst durch die Aushändigung. Dieselbe muß daher, um den § 12 auszuschließen, vor der K.Eröffnung erfolgt sein. Eine später erfolgte, sei es seitens des Gerichts oder eines Dritten (oder des G.Schuldners oder seines Bevollmächtigten, s. § 6), unterliegt den Folgen des § 12. Auch der Verwalter (vgl. Anm. 1) darf eine spätere Aushändigung nicht bewirken, ohne sich regreßpflichtig zu machen, vgl. Anm. 1 Schluß. War schon vor der K.Eröffnung ein persönliches Recht des Gläubigers auf Aushändigung des Grundschuldbriefs begründet, so entstand daraus nur ein „Anspruch auf den Erwerb", welcher nach dem Schlußsatze des § 12, Anm. 8. die Anwendbarkeit des § 12 nicht beseitigt. Vgl. Obertrib. in Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 22 S. 417. Achilles Anm. 8 zu § 20 d. Ges. Hullmann S. 93. Urth. d. Reichsger. vom 10. Dzbr. 1880 in Wallmann Zeitschr. f. preuß. R. 1881 S. 641. Die abweichende Ansicht einer Erwerbung des Grundschuldrechts mit der Eintragung (v. Sarwey S. 48, 49) ist darnach nicht aufrecht zu halten. Für die weitere Uebertragung des einem Gläubiger schon ausgehändigten Briefes an einen Dritten, gilt dagegen das nächst. in Anm. 7 Bemerkte. — Dasselbe, was von der Hypothek (nicht Grundschuld),

gilt auch von der, zur Erhaltung eines Realrechts erfolgenden, einen bereits vorhandenen Pfandtitel voraussetzenden, Vormerkung (§ 22 Ges. v. 5. Mai 1872, protestatio pro conservando jure et loco), wozu auch Vormerkungen eines Sicherungsrechts aus Art. 29 Wechs.-O. gehören, Entsch. 47, 385; 79, 103). Dagegen gewährt der für eine persönliche Forderung eingetragene Arrest (protestatio de non amplius intabulando, s. g. Arrest-Vormerkung) weder nach dem älteren preuß. Hypothekensysteme (Strieth. 66, 231. Entsch. 71, 108; — dagegen Strieth. 13, 380; 73, 175), noch nach dem Ges. v. 5. Mai 1872 (Strieth. 93, 191; R.O.H. 16, 369; Reichsger. in Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 24 S. 97) ein dingliches Recht. Vgl. Achilles Anm. zu § 22 d. Ges. v. 5. Mai 1872; Hullmann S. 94. Der Pfandtitel, welcher dem Arrestgläubiger zur Erwerbung des Hypothekenrechts noch nöthig ist, wird erst durch das spätere Urtheil begründet. Die Arresteintragung vor der K.Eröffnung genügt also nicht zur Ausschließung des § 12. Vgl. auch Kindel in Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 24 S. 671—674 und über die Bedeutung der Vormerkungen überhaupt die von der herrschenden Ansicht abweichende Theorie von Kindel a. a. O. S. 303—335, 643—676. Ueber die prozessualische Behandlung der nach § 70 Ges. v. 5. Mai 1872 einzutragenden Vermerkungen, insbesondere die Thätigkeit des Prozeßrichters betreffs der Aufrechterhaltung und Löschung nach dem früheren Prozeßrechte vgl. Entsch. 77, 99 und 115; 79, 189. Strieth. 96, 135 ff., 142 ff. Jetzt kann nach §§ 18, 19 Ausf.-Ges. v. 24. März 1879 zur C.P.O. die erforderliche Vermittelung des Prozeßrichters zur Eintragung nur als Ausführung einer einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der C.P.O. erfolgen und die durch einstw. Verf. angeordneten Eintragungen sind nach Vorlegung eines vollsteckbaren Urtheils oder Beschlusses, durch welche die einstweilige Verfügung aufgehoben ist, auf Antrag des Eigenthümers zu löschen. Ueber das Verfahren zur Erwirkung solcher Verfüg. bez. Beschlüsse s. C.P.O. §§ 815, 806. Vgl. auch Anm. 2 zu v. Wilmowski und Levy C.P.O. § 817. — Hinsichtlich der Wirkung der Arreste, welche auf Hypotheken- und Grundschuldforderungen des G.Schuldners ausgebracht sind, gegenüber Dritten vgl. auch § 49 Ges. v. 5. Mai 1872; Entsch. 75, 139; Strieth. 98, 174.

Ueber die sonstigen, in den verschiedenen Gebieten des deutschen Reichs geltenden Partikularrechte, vgl. Anlage I. zu den Mot. Für Bayern und Württemberg vgl. v. Sarwey S. 49, 50; Stieglitz S. 73, 74. Für Sachsen Wengler S. 129.

Nach dem code civil (Rheinpreußen, Elsaß-Lothringen, Baden, Pfalz, Rheinhessen) werden Privilegien und gesetzliche Hypotheken durch das Bestehen der damit geschützten Rechte kraft Gesetzes, gerichtliche Hypotheken durch das Urtheil, konventionelle durch die Hypothekenbestellung in authentischer Urkunde erworben; alle aber mit Ausnahme der Privilegien für Gerichts-, Begräbniß-, Kur-Kosten, Dienstlöhne und Unterhalt (Art. 2101) und mit Ausnahme der gesetzlichen Hypotheken der Ehefrauen und Bevormundeten (Art. 2121) erlangen dingliche Wirkung und Vorrang gegenüber anderen Gläubigern erst durch Inskription bez. Transskription. Soweit diese nöthig ist, muß auch die Eintragung zur Ausschließung des § 12 und zur wirksamen Geltendmachung im Konkurse vor der K.Eröffnung erfolgt sein. Für die erwähnten Ausnahmen ist dagegen die dingliche Wirksamkeit auch ohne Eintragung verliehen; und ist für sie daher zur Ausschließung des § 12 der gültige Erwerb vor der K.Eröffnung genügend. Mot. 55, 56. Code civ. art. 2106—2108, 2135, 2166; Petersen S. 70; v. Sarwey S. 50, 51. Landesrechte, nach welchen zur Gewährung von Vorzugsrechten an sich die Eintragung nöthig ist, jedoch auch nach der K.Eröffnung noch wirksam erfolgen kann, sind hinsichtlich der Zulässigkeit der Wirksamkeit nach der K.Eröffnung durch den § 12 aufgehoben. So das rhein.-preuß. Ges. v. 9. Mai 1859 Art. 446 Satz 3 und badische P.O. § 722 Abs. 2. Vgl. Mot. 55, 56.

4) Dafür, daß alle Erwerbsakte vor der K.Eröffnung erfolgt sein müssen, um Vor-

zugs- oder Zurückbehaltungsrechte für den Konkurs zu begründen, gilt ebenfalls allgemein der in Anm. 1 entwickelte Grundsatz. Worin die Erwerbsakte bestehen müssen, ist nach §§ 39—44 und E.G. §§ 12—17 zu entscheiden. Wegen der Immobilien vgl. Anm. 3. Das kaufmännische Retentionsrecht (§ 41 Nr. 8) setzt nach Art. 313 ff. H.G.B. voraus, daß die Sachen mit dem Willen des Schuldners in den Besitz des Retinenten gekommen sind. Erfolgte die Willenserklärung des G.Schuldners nach der K.Eröffnung, so ist sie nach § 6 nichtig. Erfolgte sie vorher, ohne daß auch vorher schon die Besitzergreifung erfolgt war, so steht § 12 einer späteren Besitzergreifung des Gläubigers entgegen, auch wenn dazu eine Rechtshandlung des G.Schuldners oder seines Bevollmächtigten nicht mehr nöthig und § 6 nicht anwendbar wäre.

5) Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 12, wenn schon vor der K.Eröffnung vom K.Gericht ein allgemeines Veräußerungsverbot bekannt gemacht ist vgl. § 98.

6) Durch den § 12 werden Erwerb und Eintragung von Pfand- und Vorrechten nicht absolut gehindert; sie haben nur keine verbindliche Kraft „gegenüber den Konkursgläubigern," d. h. sie begründen kein Vorrecht und kein Absonderungsrecht im Konkurse. Der Verwalter, welcher den G.Schuldner, wie er seine K.Masse der K.O. gemäß vertheilen soll, im Interesse des gemeinsamen Konkursanspruchs der K.Gläubiger zu vertreten hat, kann ein gegen den § 12 geltend gemachtes Recht bestreiten. Vorbem. 2 III. vor § 1. Dagegen kann der G.Schuldner (z. B. nach einem Accorde oder nach der Beendigung) sich nicht auf § 12 berufen. Vgl. Entsch. 76, 104, 108. Auch Anderen außer den K.Gläubigern ist § 12 nicht entgegenzusetzen; ebenso nicht den K.Gläubigern nach der Aufhebnng des Konkurses, sofern es sich nicht dann noch um die Verletzung ihres Konkursanspruchs handelt, und sie nicht noch als K.Gläubiger betheiligt sind. Vgl. Anm. 1 zu § 6. Die Eintragung eines Hypothekenrechts ist deshalb auch nach der K.Eröffnung nicht an sich nichtig oder unzulässig; sie wirkt nur nicht gegenüber den K.Gläubigern. Entsch. 47, 381. Strieth. 45, 97. — Ob und unter welchen Umständen eine nach der K.Eröffnung erfolgende Eintragung sonst wirksam sei, „ist nach den bürgerlichen und Hypotheken-Gesetzen eines jeden Rechtsgebiets zu beurtheilen." Mot. 56, 57. Die von der K.O. nicht betroffene sonstige Wirkung und Zulässigkeit der Eintragung kann daher auch landesgesetzlich verboten und dies Verbot durch eine Vormerkung der K.Eröffnung im Hypothekenbuche gesichert werden, wie in Württemberg. Stieglitz S. 74.

7) Der in Anm. 1 entwickelte Grundsatz und die desfallsige Modifikation des § 39 durch den § 12 betrifft nur die Frage, wann und wodurch ein Absonderungsrecht für einen Dritten in seinem Verhältnisse dem G.Schuldner gegenüber begründet werden kann. Dagegen kann daraus nicht die Konsequenz gezogen werden, daß eine nach der K.Eröffnung erst erworbene bez. eingetragene Hypothek während des Konkurses von Niemandem, also auch nicht von einem redlichen Dritten, welcher sie demnächst erworben hat, geltend gemacht werden könne. In dieser Beziehung hat eine materielle Bestimmung durch § 12 nicht getroffen werden sollen. Die K.O. ist hinsichtlich der Rechte solcher Dritter, für welche das Absonderungsrecht nicht dem G.Schuldner erst gegenüber konstituirt wird, sondern welche ein bereits als solches konstituirtes Recht erwerben, nicht anwendbar. Diese Rechte bestehen außerhalb des K.Verfahrens. Vgl. Vorbem. zu Buch I. und Anm. 4 zu § 6. Die Mot. von 1873 S. 75 und von 1875 S. 57 bemerken übereinstimmend, die Frage, ob eine solche Hypothek in den Händen des redlichen Dritten noch während des Konkurses auf Grund des „guten Glaubens des Hypothekenbuchs" verbindliche Kraft gegen die K.Gläubiger gewinnt, sei nach den bürgerlichen und Hypothekengesetzen jedes Rechtsgebiets zu entscheiden. Darnach ist diese Frage ebenso wie für P. § 10 mit Wenzel und Klose S. 93, 94, so auch nach dem preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 11 (Entsch. 73, 182, Achilles Anm. zu § 11 a. a. O.) zu Gunsten des redlichen Dritten zu beantworten.

8) Auch die an sich civilrechtlich gültig vom G.Schuldner vor der K.Eröffnung eingeräumte Befugniß soll nicht genügen, sofern das Absonderungs- oder Vorrecht nicht schon erworben bez. eingetragen war. Die Grundsätze über die Verhältnisse der Kategorien der Gläubiger zu einander sind juris publici und der Privatautonomie nicht unterworfen. Ueber den Einfluß des § 12 auf die Zulässigkeit der Kompensation vgl. Vorbem. 5 vor § 46.

War jedoch ein Absonderungs- oder Vorrecht zur Zeit der K.Eröffnung begründet, so kann auch ein Anderer die Forderung mit dem gleichen Vor- und Absonderungsrechte erlangen. Der Konkursanspruch der Gläubiger und die Lage jedes Einzelnen wird dadurch nicht verletzt. Ob hierzu eine ausdrückliche Cession nöthig ist, wie nach preuß A.L.R. I. 16 § 47, 48, oder ob die Subrogation (Eintrittsrecht) für jeden Zahlenden ohne Weiteres eintritt, wie nach gemeinem Rechte in einzelnen Fällen ohne allgemeine Regel, vgl. Windscheid § 330 Nr. 3; Stieglitz S. 76; l. 2 D. de cess. bon. l. 24 § 3 D. de reb. auct. jud. poss., oder nur, wenn der Zahlende ein Interesse an der Befriedigung hatte, wie nach französ. code civil art. 1250, 1251, ebenso was nach den verschiedenen Grundbuchrechten erforderlich ist (vgl. § 39), ist als materiell-rechtlich die Begründung der Rechte bestimmend nach dem bürgerlichen Landesrechte zu entscheiden. Um in dasselbe nicht einzugreifen, ist der Vorschlag des E. I. § 18: „Soweit Jemand nach der Eröffnung des G.Verfahrens einen Gläubiger befriedigt, erwirbt er die Forderung und das Absonderungs- oder Vorrecht des Gläubigers auch ohne ausdrückliche Abtretung,“ von der Vork. gestrichen. Für den Konkurs soll keine Ausnahme von dem außerhalb des K.Verfahrens geltenden bürgerlichen Rechte stattfinden. Die Vorschrift der P. § 11, welche sich als eine nur für den Konkurs bestimmte Abweichung vom preuß. bürgerlichen Rechte charakterisirt (vgl. R.O.H. 9, 226; 21, 211. Entsch. 49, 398) war daher schon durch § 4 E.G. als landesgesetzliche Konkurs-Vorschrift aufgehoben. Diese Aufhebung ist seitdem auch durch § 55 N. 1 preuß. Ausf.-Ges v. 6. März 1879 ausdrücklich erklärt. Vgl. Entsch. 65, 434—446, Anm. 2 zu § 39. Für das preuß. Recht sind jetzt A.L.R. I. 16 §§ 47, 48 als bürgerliches Recht maßgebend. — Auch die Folgen der Befriedigung vor der K.Eröffnung sind nach dem Landesrechte zu beurtheilen, Mot. 57, ebenso die Frage, ob und wieweit ein Gläubiger während des Konkurses genöthigt werden kann, sich abfinden und einen Andern an seine Stelle treten zu lassen. Mot. 57, 58. Preuß. A.L.R. I. 16 49 ff.

Für den § 12 ist Abs. 3 des § 6 nicht anwendbar, da Rechtshandlungen des G.Schuldners beim § 12 nicht in Frage kommen, vgl. Anm. 1; v. Sarwey S. 47, Stieglitz S. 76. A.M. v. Völderndorff I. S. 167, 168.

§ 13.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens hemmt nicht den Lauf der Verjährung.[1] Durch die Anmeldung einer Konkursforderung[2] wird deren Verjährung unterbrochen.[3]

E. I. 17.

1) Satz 1 und 2 stehen hinsichtlich des Einflusses des Konkurses auf die Verjährung nicht im Verhältnisse einer Regel zur Ausnahme, sondern bestimmen beide allgemein: die K.Eröffnung hat keinen Einfluß; die Anmeldung unterbricht für Konkursforderungen. Keinerlei Art der Verjährung, weder Acquisitiv- noch Extinktivverjährung, weder für, noch gegen den G.Schuldner, noch auch gegen Dritte, weder für Wechsel noch für andere Forderungen wird durch die K.Eröffnung in Betreff des Beginns oder der Fortsetzung gehemmt. Hinsichtlich der Klageverjährung für einen Anspruch gegen den G.Schuldner war dies zweifelhaft. Nach französ. Rechte hemmt der Konkurs nicht. Nach

gemeinem Rechte wird gemäß der herrschenden Ansicht die Verjährung unterbrochen, weil man annimmt, der Gläubiger könne während des Konkurses nicht klagen. Agere non valenti non currit praescriptio. Wengler S. 132. Für die preuß. K.O. ist angenommen, daß die Verjährung während des Konkurses ruht und nachher mit dem Beginn der Zahlungspflicht des Schuldners wieder läuft (R.O.H. 12, 238, Strieth. 50, 344; 55, 326; Entsch. 52, 474.) Zur Beseitigung der Zweifel über das Verhältniß des Konkurses zur Verjährung ist die Vorschrift des § 13 gegeben. Sie beruht darauf, daß des Konkurses ungeachtet nicht nur der Aussonderungs- oder Absonderungsberechtigte stets gegen den Verwalter klagen kann, ebenso ein persönlicher Gläubiger des G.Schuldners wegen Forderungen, welche nicht K.Forderungen sind, gegen den G.Schuldner; sondern daß auch der K.Gläubiger durch den Konkurs weder gehindert wird, gegen den G.Schuldner auf Feststellung der Forderung zu klagen, noch gegen den Verwalter durch Anmeldung sein Recht zu verfolgen. „Es gilt daher ganz allgemein: die Eröffnung des K.Verfahrens kann den Beginn oder den Lauf der Verjährung nicht hemmen.“ Mot. 58—60.

2) Die K.Forderung ist vor der Möglichkeit einer Einklagung zunächst anzumelden, um festzustellen, ob und an wen sie bestritten wird. Die Verjährung soll daher für K.Forderungen schon durch die Anmeldung, § 127, unterbrochen werden, welche sofort nach der K.Eröffnung erfolgen kann, § 126. Die Unterbrechung wirkt (ebenso allgemein wie Satz 1) nicht nur dem Verwalter und der Masse, sondern „auch dem G.Schuldner gegenüber,“ wie E. I. § 17 ausdrücklich bemerkt hatte, im E. indeß als selbstverständlich fortgelassen war (Prot. 14, 15); nach den Motiven beider Entwürfe, weil die Anmeldung unmittelbar eine Verfolgung gegen den Schuldner in sich begreift, welcher zum Verfahren zugezogen wird und über die Forderung sich zu erklären hat. Mot. 59, 60, § 129. Die Anmeldung steht daher sachlich einer Klage auf Betheiligung an der K.Masse gleich. Der Unterbrechung der Verjährung durch Erhebung der Klage (vgl. C.P.O. §§ 239, 190, 254, 461 Abs. 2 und E.G. d. C.P.O. § 13 Abs. 3) tritt also die Unterbrechung durch Konkursanmeldung hinzu. Für Wechselklagen ist dies im E.G. § 3 Abs. 3 noch besonders bestimmt. Vgl. die singuläre Vorschrift im E.G. § 3 Abs. 4 für Forderungen von Gläubigern einer eingetragenen Genossenschaft. Anm. 6 zu E.G. § 3. — Soweit eine Anmeldung nicht möglich ist, ist Satz 2 natürlich nicht anwendbar, also nicht für alle begrifflichen K.Forderungen, namentlich nicht für die im Konkurse nach § 56 nicht zu berücksichtigenden Forderungen.

Der zweite Satz des § 13 betrifft jedoch nur Konkursforderungen. Für andere Ansprüche ist die K.Eröffnung ohne allen Einfluß auf die Verjährung. Die Klageerhebung ist für sie zu keiner Zeit beschränkt und sofort nach der K.Eröffnung gegen den gleichzeitig ernannten Verwalter, sofern dieser passiv legitimirt ist, sonst gegen den G.Schuldner in einer seinem Verfügungsrechte noch unterliegenden Rechtssache zulässig.

3) Welche Wirkung die Unterbrechung durch Klage, also auch die ihr gleichgestellte durch Anmeldung hat, und welche Folgen es hat, wenn die Klage bez. Anmeldung nicht weiter verfolgt, später abgewiesen oder zurückgenommen wird, ist in der R.K. nicht bestimmt und soll „der Entscheidung durch das Landesrecht überlassen werden.“ Mot. 61. Für den Fall der Zurücknahme der Anmeldung gilt, da die Anmeldung der Klage gleich wirkt, Anm. 2, die reichsgesetzliche Bestimmung der C.P.O. § 243, welche für die Zurücknahme einer Klage die Folge bestimmt, daß die Klage als nicht erhoben, „der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist,“ also auch die Verjährung als nicht unterbrochen gilt. — Im Uebrigen sind für die Wirkungen der Unterbrechung für das preuß. Recht die Vorschriften des A.L.R. I. 9 §§ 545, 554 ff. maßgebend. „Von dem Tage an, wo der Gläubiger die Sache hätte fortsetzen können und sollen,“

fängt eine solche Verjährung an. Zu berücksichtigen ist dabei, daß der allgemeine Grundsatz durch den Zeitpunkt des „Fordern-können" gegeben ist, §§ 545, 554, und das „Fordern-sollen" hinsichtlich einer „angemeldeten Klage" im § 554 seine Bedeutung nur in der Offizialthätigkeit des damaligen preuß. Prozeßverfahrens hatte, nach welchem der Prozeß in richterlich bestimmten Terminen bez. nach richterlicher Anordnung fortgesetzt werden sollte. Vgl. Entsch. 61, 30. Da der deutschen C.P.O. die Anmeldung einer Klage und ein Offizialbetrieb eines Prozesses außer dem Beweisverfahren fremd ist, die Verfolgung eines Anspruchs also im Uebrigen lediglich dem Willen des Gläubigers anheimgestellt ist, so ist auch für die Anwendung des § 554 nur entscheidend, wann der Gläubiger die Sache fortsetzen konnte. Für die festgestellte Forderung (§ 132) beginnt die neue Verjährung daher mit der Bekanntmachung der Aufhebung des Konkurses, §§ 151, 191; im Falle eines Akkords mit dem Tage, wo die akkordmäßige Erfüllung zuerst gefordert werden konnte, A.L.R. I. 9 §§ 545, 554; Strieth. 32, 243; falls jedoch der G.Schuldner die Forderung bestritten hat, diesem gegenüber schon mit dem Ablaufe des Prüfungstermins, da der Gläubiger von dann ab die Klage auf Anerkennung der Forderung und auf Festsetzung derselben zur Zahlung nach dem Konkurse gegen den G.Schuldner anstrengen bez. fortsetzen kann (Anm. 1 zu § 10 und § 132 Abs. 2) und durch den Konkurs nicht der Prozeß, sondern nur die Zwangsvollstreckung (§ 11) gehindert wird. A.L.R. I. 9 § 554. Abweichend wollen Petersen S. 73 und v. Sarwey S. 55 zur Klage gegen den bestreitenden G.Schuldner den Beginn erst mit der K.Beendigung eintreten lassen, weil er erst durch die Vertheilung erfahre, wieviel er dann noch vom G.Schuldner zu fordern behalte. Solche Rücksichten mögen den Gläubiger thatsächlich bestimmen, eine desfallsige, immer nicht wünschenswerthe Klage möglichst zu unterlassen, aufzuschieben oder auf einen Theilbetrag zu beschränken; indeß die allein entscheidende rechtliche Möglichkeit zu klagen hat er schon zur Zeit des Bestreitens, weil es dazu genügt, daß er weiß, was er dann zu fordern hat. Für die nicht festgestellte Forderung im Sinne des § 132 beginnt ebenfalls die neue Verjährung mit dem Ablaufe des Prüfungstermins, § 134. — Die Frist der neuen Verjährung ist dieselbe der ursprünglichen, § 554 a. a. O. Ges. v. 31. März 1838 § 10, Entsch. 30, 37. Im Falle einer rechtskräftigen Verurtheilung findet auch da, wo sonst eine kürzere Verjährungsfrist läuft, namentlich auch für Wechselforderungen, die (ordentliche) dreißigjährige Verjährung Anwendung, § 558 a. a. O., Ges. v. 31. März 1838 § 10, R.O.H. 11, 67; Entsch. 48, 74; 56, 272. Als rechtskräftiges Urtheil gilt nach § 133 Abs. 2 für K.Forderungen die Eintragung in die Tabelle, vgl. Anm. 3 zu § 133, bez. gegen den G.Schuldner das Nichtbestreiten im Prüfungstermine, § 152 Abs. 2.

Nach allgemeinem Rechte gilt nach der Unterbrechung für die Judikatsklage (also auch für die Verfolgung nach der Feststellung) die 30jährige Verjährung; während der Litispendenz (also während des Konkurses, da mit demselben die Litispendenz aufhört) die 40jährige; nach dem Konkurse, soweit nicht die Judikatsklage vorliegt, die ursprüngliche Verjährung. Hullmann S. 96, 97; Petersen S. 74. Theilweise a.M. v. Sarwey S. 56; v. Völderndorff I. S. 179. Vgl. Stieglitz S. 80, 81. — Für das französische Recht vgl. C. c. art. 2247. — Für die praktisch wichtigsten Fälle der Verjährung von Wechselforderungen entscheidet über diese Fragen der Folgen der Unterbrechung das bürgerliche Landesrecht; Entsch. 56, 272; Strieth. 60, 334; R.O.H. 2, 65.

§ 14.

Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft,[1] so erfolgt die Theilung oder sonstige Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens.[2]

P. 36. 291. Preuss. E.G. z. H.G. Art. 33.

1) Der § 14 umfaßt alle Fälle einer „Gemeinschaft des G.Schuldners mit einer andern Person, betreffe die Gemeinschaft eine einzelne Sache, einen Sachinbegriff oder einen Rechtsinbegriff, beruhe sie auf Vertrag, auf Beerbung oder anderen Gründen, bestehe sie mit Ehegatten oder mit anderen Personen," und ohne Rücksicht, „ob die Eröffnung des Konkurses die Aufhebung solcher Gemeinschaft bewirkt (vgl. A.H.G. Art. 123 Nr. 3), oder ob eine Aufhebung aus anderen Gründen oder freiwillig herbeigeführt wird. Stets gehört nur der bei der Theilung zu ermittelnde Antheil des G.Schuldners zur K.Masse." Mot. 61. Wegen des stillen Gesellschafters vgl. Anm. 2 zu § 44. Wird über das Gemeinschaftsvermögen selbst z. B. einer eingetragenen Genossenschaft, offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft u. s. w., oder über einen Nachlaß der Konkurs eröffnet, §§ 193 ff., 202 ff., so findet § 14 nur Anwendung, sofern das Rechtssubjekt dieser Gemeinschaft, der oder die G.Schuldner noch mit Anderen sich in Gemeinschaft befinden.

2) Bei der in allen Fällen außerhalb des K.Verfahrens erfolgenden Auseinandersetzung hat der Verwalter zufolge § 5 die Stelle des G.Schuldners einzunehmen. Die Formen der Auseinandersetzung und die Rechte der einzelnen Betheiligten einschließlich der Gemeinschaftsgläubiger bestimmen sich nach dem vorliegenden Gemeinschaftsverhältnisse gemäß dem Landesrechte. Ueber das Verfahren bei Auseinandersetzungen vgl. preuß. A.G.O. I. Tit. 46, §§ 1—32, unter Berücksichtigung der Modifikationen, welche die C.P.O. nicht nur hinsichtlich förmlicher Prozesse, sondern auch namentlich betreffs der Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen und des Verfahrens für dieselben, §§ 814 ff., veranlaßt. Vgl. Basch die Allgem. G.O. in ihrer heutigen Gestalt und Geltung, Berlin 1880 bei Müller. In Betreff der Rechte bei Auseinandersetzungen von offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften vgl. H.G. Art. 123 ff., 170 ff., 200 ff. Preuß. E.G. z. H.G. Art. 33. Strieth. 68, 318; bei Auseinanders. v. Sozietätsverträgen preuß. A.L.R. I. 17 §§ 291 ff.; Strieth. 28, 216; von Miterben preuß. A.L.R. I. 17 §§ 117 ff.; von gemeinschaftlichem Eigenthume I. 17 §§ 75 ff. Die Sonderung des Vermögens der Eheleute erfolgt, wenn keine Gütergemeinschaft stattfindet, nach den Vorschriften über die Auseinandersetzung im Falle einer Trennung der Ehe (II. 1 § 751). Findet Gütergemeinschaft statt, so kann der andere Ehegatte als ihm gehöriges Vermögen sein Sondergut herausnehmen, welches für Schulden des Kridars nicht verhaftet ist; im Uebrigen vgl. Anm. 1 a. zu § 37. „Mit der Theilung oder Versilberung des Gemeinschaftsobjekts und der Befriedigung des Gemeinschaftsgläubigers ist der Antheil ermittelt, welcher zur K.Masse des G.Schuldners gehört." Mot. 61. Ueber das Recht der abgesonderten vorzugsweisen Befriedigung für Forderungen aus solchen Verhältnissen vgl. § 44 und Anm. dazu.

Ueber den Einfluß des Todes des G.Schuldners und die Stellung seiner Erben vgl. Anm. zu §§ 202, 205.

Zweiter Titel.
Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

1) Der zweite Titel behandelt den Einfluß des Konkurses auf die Erfüllung von Verträgen und Rechtsverhältnissen des G.Schuldners unter der Voraussetzung ihrer Unanfechtbarkeit; der dritte Titel behandelt den Einfluß des Konkurses auf die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen. Ansprüche aus allen Rechtsverhältnissen, welche nur darin bestehen, daß der G.Schuldner entweder zu leisten oder nur zu fordern hat, und daher insbesondere die Ansprüche aus einseitigen Verträgen regeln sich nach den Grundsätzen der §§ 1, 2 und den Anm. dazu, sowie nach den Modifikationen, welche die zur Zeit der K.Eröffnung bestehenden Ansprüche aus einseitigen Verträgen in Folge des Konkurses nach den auch für solche Verträge anwendbaren §§ 20, 21 erleiden. Nähere Feststellungen sind dagegen namentlich in Betreff der zweiseitigen Verträge erforderlich. Die K.O. „stellt im § 15 für die Erfüllung zweiseitiger Verträge des G.Schuldners die Regel auf, der § 16 enthält von der Regel des § 15 eine Ausnahme nach der einen und die §§ 17—19 eine Ausnahme nach der andern Richtung." Mot. 63. Die §§ 20, 21 betreffen dagegen sowohl zweiseitige Verträge, als auch andere Verträge und Rechtsverhältnisse. Mot. 63 und Anm. 1 zu § 20.

2) Ausgeschlossen sind von diesen Bestimmungen die Verträge und Rechtsverhältnisse, welche „die an die Person des G.Schuldners geknüpften s. g. rein persönlichen Rechte und Pflichten desselben" betreffen. Sofern der Gemeinschuldner gemäß denselben ein persönliches Recht zu fordern hat (z. B. Kontraktverhältniß mit seinem Hausarzte vgl. Strieth. 52, 6, Vertrag über Gewährung „kindlicher Pflege") gehören solche Rechte nicht zur K.Masse. Anm. 2 I. II. zu § 1. Ob gegenüber dem G.Schuldner solche Verträge für die fernere Zeit bestehen bleiben, in welchem Falle die Ansprüche daraus außerhalb des K.Verfahrens fallen, oder in Folge des Konkurses unerfüllt bleiben bez. wegen Unmöglichkeit der Erfüllung, veränderter Umstände, Rücktrittsrechte wegen Nichterfüllung u. s. w. aufgehoben werden, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Hat der Mitkontrahent noch Vergütung für die Vergangenheit oder im Falle einer Aufhebung oder Nichterfüllung eine Entschädigung hierfür zu beanspruchen, so ist dies eine K.Forderung und als solche nach § 21 geltend zu machen. — Sofern der Gemeinschuldner aus solchen Verhältnissen eine von ihm selbst persönlich zu leistende, durch eine Leistung des Verwalters nicht zu ersetzende Handlung zu gewähren hat (Unterrichtsertheilung, Ausführung von künstlerischen und schriftstellerischen Werken, von persönlichen Aufträgen u. s. w.) kann der Mitkontrahent die Erfüllung ebenfalls nicht im K.Verfahren fordern. Anm. 2 zu § 2. Letzterer kann die Erfüllung selbst nur außerhalb des K.Verfahrens gegen den G.Schuldner verfolgen (Anm. 1 zu § 8) oder eine etwaige Interesseforderung wegen Nichterfüllung gegen die K.Masse nach § 21 als K.Forderung liquidiren. Mot. 64. Ob und wann solche Verträge in Folge des Konkurses aufgehoben werden, richtet sich auch hier nach den besonderen oder allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Vgl. R.O.H. 2, 436. Eine Gegenleistung, welche der G.Schuldner für solche schon vor der K.Eröffnung von ihm geleisteten Handlungen zu fordern hat, gehört nach § 1 zur K.Masse. Leistet er nach der K.Eröffnung eine Handlung, worauf die K.Gläubiger ihm gegenüber keinen Anspruch haben, so ist dies eine außerhalb des K.Anspruchs und des K.Verfahrens fallende Leistung, wofür er selbst und nicht die Masse die Gegenleistung zu erhalten hat. Vgl. Anm. 2 IV. zu §. 1. Wegen der Modifikation dieser Grundsätze für Dienstverhältnisse vgl. § 19. —

Fungible Handlungen, welche durch Handlungen an bez. durch jeden Dritten, also auch den Verwalter, ersetzbar sind, schließt das K.Verfahren seiner Natur nach nicht aus. Nach dem code civ. art. 1142 löst sich indeß ohnehin jede auf Thun oder Unterlassen gerichtete Obligation im Falle der Nichterfüllung in eine Interessenforderung auf. Auch wo dieser Grundsatz sonst civilrechtlich nicht gilt, ist im Konkurse nach § 62 die seitens des G.Schuldners zu leistende Handlung nur als Geldforderung nach ihrem Schätzungswerthe geltend zu machen.

3) Vor der Lösung der Frage, welchen Einfluß die K.Eröffnung auf irgend welche Rechte und Verbindlichkeiten hat, ist die Vorfrage zu entscheiden, welche Rechte und Verbindlichkeiten zur Zeit der K.Eröffnung bestehen. Hierüber entscheidet zunächst lediglich das bürgerliche Recht ohne Einwirkung der K.O. In den Konsulargerichtsbezirken (vgl. Anm. zu § 64) ist nach § 3 Ges. v. 10. Juli 1879 „in Betreff des bürgerlichen Rechts anzunehmen, daß die Reichsgesetze, das A.L.R. und die das bürgerliche Recht betreffenden allgemeinen Gesetze derjenigen preuß. Landestheile, in welchen das A.L.R. Gesetzeskraft hat, gelten. In Handelssachen kommt zunächst das in dem Konsulargerichtsbezirke geltende Handelsgewohnheitsrecht zur Anwendung.“ Mit diesen Vorschriften finden die C.P.O. und die K.O. nebst Einf.-Ges. in den Konsulargerichtsbezirken entsprechende Anwendung.

Für die Wirkung des Konkurses rechtfertigen weder die Natur der Sache, noch die Vorschriften der K.O. eine Annahme, als trete in die von dem G.Schuldner zu erfüllenden Verbindlichkeiten oder in die aus seinen Rechtsverhältnissen auf seiner Seite begründeten Rechte an die Stelle des G.Schuldners eine andere Rechtspersönlichkeit als besonderes Rechtssubjekt in Folge des Konkurses ein. Weder die Gläubiger, noch eine Gesammtperson als Gläubigerschaft, noch ein aus einer Verbindung von G.Schuldner und Gläubigern komponirtes Rechtssubjekt als Masse erwerben Rechte oder Verbindlichkeiten des G.Schuldners durch eine der Wirkungen, welche nach der K.O. der Konkurs auf seine Rechtsverhältnisse ausübt. Sie bleiben, auch soweit sie durch den Konkurs modifizirt werden, Rechte und Pflichten des G.Schuldners. Die Rechte, welche auf seiner Seite durch die Konkurseinwirkung hinsichtlich seiner Rechtsverhältnisse begründet, und in den §§ 15 ff. als Befugnisse des Verwalters ausgedrückt werden, bez. als Rechtsfolgerungen daraus herzuleiten sind, sind Rechte des G.Schuldners, zu *seiner* Konkursmasse gehörig, und für ihn kraft Gesetzes nur vom Verwalter als seinem Vertreter hinsichtlich der Masse auszuüben, so insbesondere die Rechte aus Mieth-, Pacht- und Dienstverträgen. Die Verbindlichkeiten, welche in Folge der Konkurseinwirkung auf der Seite des G.Schuldners direkt oder zufolge der Rechtshandlungen des Verwalters entstehen oder modifizirt werden, sind *seine* Verbindlichkeiten. Sie sind aus seiner K.Masse zu erfüllen, sofern er gesetzlich unanfechtbar gehandelt hat, §§ 15—21, und bleiben von ihm persönlich außerhalb der K.Massenverwendung zu gewährleisten bez. zu erfüllen, soweit er für sein Verhältniß zu seinen K.-Gläubigern, deren Rechte verletzend, gesetzwidrig verfuhr und in Folge dessen aus der korrigirenden Rechtshandlung des Verwalters Verbindlichkeiten zu tragen hat, welche er auch zu erfüllen hätte, wenn er selbst seine Rechtsverletzungen wieder gut machte und den Gläubigern das Entzogene restituirte, §§ 22—34. Das verschiedene Verhältniß, in welchem die zu Lasten der K.Masse fallenden Verbindlichkeiten aus der Masse zu erfüllen sind, beruht auf der verschiedenen Beziehung derselben zum K.Anspruche der Gläubiger, § 2. Sie sind als Masseschulden vor allen K.Forderungen zu befriedigen, soweit sie durch die im Interesse aller Betheiligten veranlaßten Befugniß-Ausübungen, Geschäfte und Handlungen des Verwalters entstehen oder Aequivalente für die Zeit nach der K.Eröffnung sind, § 52. Sie sind dagegen nur K.Forderungen, sofern sie auch bei Einwirkung des Konkurses auf die Modifikation der Erfüllung nur als zur Zeit der K.-Eröffnung bestehende Ansprüche oder als an die Stelle solcher getreten zu gelten haben und somit am K.Anspruche Theil nehmen, § 2. Soweit ihnen das Recht auf abgeson-

derte Befriedigung zugestanden ist, beruht dies auf der durch die Beziehungen der Forderungen zu einzelnen Gegenständen begründeten besondern Vorschriften, Vorb. vor § 39. Für alle diese Verbindlichkeiten — abgesehen von den nur dinglichen Absonderungsrechten, welche auch zur Zeit der K.Eröffnung nicht persönliche Schulden des G.Schuldners waren und in ihrem Charakter ebenfalls nicht geändert werden — bleibt indeß (bez. entsteht nur) der Charakter als Verbindlichkeiten des G.Schuldners. Und weil sie dies sind, ist auch der G.Schuldner nach der K.Beendigung dafür verhaftet, soweit nicht durch Akkord oder sonst ein Erlaß stattgefunden hat; § 152, Vorbem. vor § 50. Ist kraft Gesetzes eine Nichterfüllung in Folge des Konkurses in den Fällen der §§ 16, 20, eingetreten, so bleibt die dafür zu leistende Entschädigungsforderung, § 21, auch nach dem Konkurse als Anspruch gegen den G.Schuldner bestehen, eine Wirkung der vollbrachten Thatsachen, mit welchen das Gesetz diese Folge verbindet. Strieth. Arch. 38, 285; Hullmann S. 104. Ist in Folge der sich für Nichterfüllung gemäß § 15 entscheidenden Willenserklärung des Verwalters als des in diesem Gebiete den G.Schuldner Vertretenden oder in Folge seiner Kündigung gemäß §§ 17—19 eine Aenderung der Rechtsverhältnisse eingetreten, so bleibt als Wirkung dieser Vertretung diese Aenderung bez. die daraus begründete Entschädigungsforderung ebenfalls nach der K.Beendigung bestehen. Stieglitz S. 596. Hat der andere Theil selbst das Verhältniß kraft der ihm durch die Konkursvorschriften gegebenen Befugniß aufgehoben bez. geändert, so bleibt er an die selbstgewollte Aenderung nach dem Konkurse gebunden.

4) Die Frage, ob durch frühere vertragsmäßige Stipulationen des G.Schuldners dem Konkurse eine andere Einwirkung auf die Rechtsverhältnisse beigelegt werden kann, als die Gesetze bestimmen, kann nicht absolut verneint werden. Insbesondere ist ein allgemeiner Grundsatz, daß solche Bestimmungen wirkungslos seien, weil sie Verfügungen des G.Schuldners über die künftige K.Masse enthielten (wie Stieglitz S. 98 D. gegen die Vertragsbestimmung, daß Pacht- und Miethverträge mit der K.Eröffnung unwirksam sein sollen, annimmt), nicht begründet. Ein solcher Grundsatz läßt sich nur dahin rechtfertigen, daß Verfügungen für eine spätere Zeit, in welcher das sachliche Recht des Verfügenden aufgehört hat, die für diese Zeit begründeten Rechte Anderer nicht verletzen dürfen. Durch den Konkurs wird indeß nicht das materielle Recht des G.Schuldners, sondern nur seine persönliche Handlungsfähigkeit hinsichtlich der K.Masse beschränkt, Anm. 2 zu § 5. Hinsichtlich der Zulässigkeit der vertragsmäßigen Bestimmung für den Konkursfall ist wesentlich der Inhalt der Bestimmung zu unterscheiden. Als zulässig ist es zu erachten, daß das Nichteintreten des Konkursfalls als Bedingung für ein später ins Leben tretendes Rechtsverhältniß oder daß die K.Eröffnung als Resolutivbedingung für ein bereits begründetes bestimmt wird. Abgesehen davon, daß auch §§ 17 Nr. 1, 19 die bedungenen Zeiten und Fristen maßgebend sein lassen, liegt in einer solchen Bestimmung der Ausdruck dafür, daß Rechte bez. Pflichten dergestalt persönlich an den G.-Schuldner gebunden sein sollen, daß sie für bez. gegen einen Anderen nicht begründet werden. Der Verwalter kann dann weder erfüllen, noch Erfüllung verlangen. Unzulässig, d. h. wirkungslos gegenüber den Befugnissen des Verwalters ist dagegen eine Vertragsbestimmung, daß der andere Kontrahent gegen die Vorschriften der §§ 15—20 auch für den Konkursfall ein Recht auf reelle Fortsetzung eines Verhältnisses haben soll. Eine solche Vereinbarung könnte ebenso, wie jede andere den §§ 15—20 widersprechende Vertragsbestimmung über eine absolute oder längere Dauer, durch die gesetzliche Befugniß des Verwalters beseitigt werden und nur eine Entschädigungsforderung (als K.Forderung, § 21) begründen. Zulässig ist an sich die Stipulation einer bestimmten bez. anders als im § 16 normirten Schadensforderung für den Konkursfall, welche indeß immer nur als K.Forderung geltend gemacht werden kann. Vgl. § 55 Nr. 2. Demgemäß ist auch die vom § 16 P. § 17 abweichende Schadensbestimmung des § 15 der Berliner Börsenusancen wie von

(Kowalzig D. Hand.-Ges. 2. Aufl. S. 609) in der Praxis nicht beanstandet. Vgl. R.O.H. 1, 93. Selbstverständlich bleiben solche Verfügungen nach §§ 22 ff. anfechtbar, insbesondere, wenn sie unentgeltliche unter dem Scheine oneroser Verträge sind, § 25 Nr. 1. Unzulässig ist jede Bestimmung, welche für den Konkursfall das Verhältniß der Gläubiger unter einander influiren wollte, also eine Masseschuld statt einer K.Forderung oder ein Absonderungsrecht ohne die gesetzlichen Erfordernisse eines solchen oder ein Vorrecht vertragsmäßig begründen sollte, §§ 3, 52, 54.

---

§ 15.

Wenn ein zweiseitiger Vertrag[1] zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Theile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist,[2] so kann[3] der Konkursverwalter[4] an Stelle des Gemeinschuldners[5] den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Theile verlangen.

Der Verwalter muß auf Erfordern des anderen Theils, auch wenn die Erfüllungsfrist noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.[6]

E. I. 20. P. 15. 16.

1) Für unerfüllte zweiseitige Verträge (vgl. Anm. 2) hängt ihrer Natur nach die Leistung des einen Theils mit der Gegenleistung des anderen Theils zusammen. Für den Konkurs würde es die par conditio der Gläubiger zu Gunsten oder Ungunsten des Mitkontrahenten des G.Schuldners verletzen, wenn derselbe volle Erfüllung bekommen sollte, oder wenn er selbst nach der K.Eröffnung voll erfüllen und dabei die ihm ebenfalls noch nicht gewährte Gegenleistung dafür nicht vollständig erhalten sollte. Zur Ausgleichung soll die K.Eröffnung selbst nicht schon ispo jure einen Grund zur Aufhebung des Vertrages abgeben. Dagegen soll in dem Falle, wenn der Vertrag nicht schon wenigstens von einem der beiden Theile vollständig erfüllt ist, sondern von Beiden noch ganz oder theilweise zu erfüllen ist, wenn also Recht und Pflicht des G.Schuldners sich noch gleichzeitig gegenüberstehen, der Verwalter das Wahlrecht haben, ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen und auch seinerseits vollständig für den G.Schuldner erfüllen will, oder ob er die rückständigen Erfüllungen nicht verlangen und leisten will, in welchem letzteren Falle dem Mitkontrahenten freisteht, eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung bez. Aufhebung nach § 21 als K.Forderung geltend zu machen.

Die Anwendbarkeit des § 15 setzt voraus, daß von Jedem der beiden Theile, sowohl vom G.Schuldner als auch von dem anderen Theile, die Erfüllung noch ganz oder theilweise zu leisten ist. Dies war (abweichend vom E. I. § 20, welcher dem Verwalter dasselbe Wahlrecht auch gab, wenn einer der beiden Theile schon vollständig erfüllt hat, vgl. Mot. v. 1873, S. 91, 92) auch die Absicht des Entw. § 15. Mot. 67. „Sonst vereinfache sich das Rechtsverhältniß nach Art der einseitigen Verträge“. Im Gesetzestext des E. § 15 war jedoch redigirt: „Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des K.Verfahrens von dem Gemeinschuldner nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der K.Verwalter — verlangen“. Mot. 68 und vgl. Anm. 4 zu § 21. Von der R.K. sind dann die Worte: „und von dem andern Theile“ eingeschaltet. Prot. 148, 149.

Die Rechtswirkungen, welche eintreten, wenn ein Theil schon vollständig erfüllt hat, sind für Art und Umfang der Rechte und Pflichten nach dem bürgerlichen Rechte unter Berücksichtigung der Modifikation durch § 21 zu entscheiden. Nach dem französ. Rechte Code civ. art. 1184 wird für jeden gegenseitigen (synallagmatischen) Vertrag präsumirt, daß er solle aufgehoben werden können, wenn der andere Theil nicht erfüllt. Entsch. Reichsger. 1, 217. Vgl. Anm. 4 zu § 21. Nach gemeinem Rechte und grundsätzlich auch nach preuß. Rechte (A.L.R. I. 5 §§ 333 ff., vgl. jedoch §§ 378 ff., 408 ff.) wird ein Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung des anderen Theils in der Regel nicht begründet. — Hat der G.Schuldner zur Zeit der K.Eröffnung erfüllt, so kann der Verwalter als Vertreter des G.Schuldners gegen den andern Theil dieselben Rechte geltend machen, welche dem G.Schuldner zustanden, ohne daß der Konkurs auf diese materiellen Rechte einen Einfluß hat, also je nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts seinerseits die Erfüllung gegen den anderen Theil fordern bez. wegen dessen Nichterfüllung vom Vertrage zurücktreten und das vom G.Schuldner Geleistete kondiziren. — Hat der andere Kontrahent erfüllt, so kann er, sofern der Verwalter für den G.Schuldner nicht erfüllt, seine vertragsmäßigen Rechte geltend machen, indeß nur mit der durch den § 21 bestimmten Einschränkung, daß er Leistungen, welche zur Zeit der K.Eröffnung schon Eigenthum des G.Schuldners geworden waren, nicht als Aussonderungsberechtigter zurückverlangen kann, sondern sowohl hierfür als auch für sonstige Leistungen nur eine Konkurs-Forderung geltend machen kann. Unter dieser Einschränkung kann er indeß je nach dem bürgerlichen Rechte zurücktreten und das von ihm selbst Geleistete als K.-Forderung (vgl. § 21) zurückfordern, oder die vom G.Schuldner vertragsmäßig zu gewährende Gegenleistung als K.Forderung verlangen, bez. in beiden Fällen nach § 62 den Schätzungswerth seines Anspruchs beanspruchen. Ein „Uebergang des Geschäfts auf die Gläubigerschaft" und ein „Eintritt derselben in das Geschäft" (wie in § 16 Pr. K.O.) ist nicht festgesetzt, weil die K.O. weder eine Gläubigerschaft, noch einen Uebergang (Succession) der Rechte und Pflichten des G.Schuldners auf die Gläubiger oder den Verwalter annimmt. Mot. 67.

2) Unter den zweiseitigen Verträgen ist, wie aus dem Inhalte des § 15 und aus den Mot. (vgl. Anm. 1) hervorgeht, nicht eine abstrakte Kategorie von Verträgen verstanden, sondern es sind alle Verträge inbegriffen, welche „auf gegenseitige Leistungen gerichtet sind" (P. § 16, Preuß. A.L.R. I. 5 § 7, vgl. code civil. art. 1102: le contrât est synallagmatique ou bilateral, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Windscheid § 320. 1. 19. D. de verb. sign.) und aus welchen Jeder von beiden Theilen noch etwas zu erfüllen hat. Da im § 16 Fixgeschäfte, in §§ 17—19 Pacht- und Miethverträge, und Dienstverhältnisse Anderer beim G.Schuldner, besonders geregelt und im § 20 noch mehrfach für andere Rechtsverhältnisse, darunter namentlich Gesellschaftsverhältnisse Vorbehalte gemacht sind, so betrifft § 15 nur die noch übrig bleibenden Verträge. Das hauptsächlichste Anwendungsgebiet hat § 15 für Kauf- und Tauschverträge; es gehören aber auch Werkverdingung, Trödelvertrag (vgl. Anm. 2 e zu § 20) u. s. w. hierhin. Auch für das Verhältniß des Aktienzeichners zur Aktiengesellschaft hinsichtlich der Verpflichtung zu ferneren Einzahlungen bleibt § 15 anwendbar. R.O.H. 25, 292.

Ob die weitere Voraussetzung des § 15 vorliegt, daß Jeder von beiden Theilen noch wenigstens theilweise zu erfüllen hat, oder ob schon und zwar vollständig erfüllt ist, ob also der Vertrag dem § 15 unterliegt, ist als Thatfrage nach den konkreten Umständen zu entscheiden, unter Berücksichtigung der Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes darüber, was abgesehen von besonderen Verabredungen nach der Natur des Vertrages zur vollständigen Erfüllung nöthig ist. Ein Kaufvertrag über Immobilien ist nach dem preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 vor erfolgter Auflassung seitens des Verkäufers nicht er-

füllt, vgl. Strieth. 52, 129; A.L.R. I. 11 § 126. Selbstverständlich ist auch die Erfüllung besonderer Vertragsstipulationen, z. B. stipulirter hypothekarischer Eintragung des Kaufgelderrestes nöthig, um die Erfüllung zur vollständigen zu machen; daß der Kontrahent seinerseits Alles gethan hat, was er zur Erfüllung thun konnte und die Perfektion der Erfüllung (z. B. die Eintragung) nicht durch sein Verschulden unterblieben ist, genügt nicht. Strieth. 52, 119. Ob die Verpflichtung zur Gewährleistung zur Erfüllung gehört — nach preuß. A.L.R. I. §§ 317 allerdings — und ob darnach im Falle einer Eviktion eine vollständige Erfüllung vorliegt, ist ebenfalls nach dem bürgerlichen Rechte zu bestimmen. Vgl. Anm. 3 zu § 52. Indeß die bloße Möglichkeit einer künftigen Gewährleistung genügt nicht, um die Erfüllung als noch nicht erfolgt anzusehen; sofern nicht schon zur Zeit der gemäß § 15 zu treffenden Entschließung sich ein Erfüllungsmangel herausgestellt hat. Mandry S. 327. — Nach franz. Recht genügt der Vertragswille auch ohne Uebertragung des Eigenthums, was für die Befugnisse des Aussonderungsberechtigten und mit Rücksicht auf § 21 wichtig ist. C. c. art. 711, 1138, 1583. Reichsger. 1, 416. Dadurch ist indeß die Erfüllungsverpflichtung des Verkäufers natürlich nicht erschöpft.

Ob eine Forderung durch Ausstellung oder Hingabe von Wechseln über dieselbe schon erfüllt ist, entscheidet sich darnach, ob hierdurch eine Novation bewirkt bez. der Wechsel an Zahlungsstatt gegeben und genommen ist, wogegen die Vermuthung streitet. R.O.H. 7, 43; 10, 48. Entsch. 28, 199; 63, 151. Strieth. 13, 237. Andernfalls ist nicht erfüllt, Strieth. 44, 202. Ueber die Bedingtheit des Rechts auf Klage aus der ursprünglichen Obligation durch die Maßregeln zur Geltendmachung des Wechselanspruchs vgl. R.O.H. 10, 132; 17, 272; 20, 83. – Auch eine Abrede über die Umschaffung einer Wechsel- oder anderen Verbindlichkeit in eine Hypothekenschuld, — welche nach § 12 K.O. mit voller Wirkung nicht mehr eingetragen werden kann — unterliegt dem § 15, vgl. Strieth. 55, 331.

Ob die rückständige Erfüllung einen größeren oder geringeren Theil der Gesammtverpflichtung umfaßt, macht (ebenso wie für P. § 16) keinen Unterschied, Strieth. 39, 218; 44, 202.

3) Dadurch, daß der Verwalter „an Stelle des G.Schuldners" erfüllen „kann", ist das in der Vorb. 2 vor § 15 bezeichnete Erforderniß vorausgesetzt, daß eine Leistung vorliegen muß, welche der Verwalter statt des G.Schuldners als gleichbedeutend anbieten kann, nicht eine nur vom Letzteren persönlich zu gewährende. Ebenso ist darin, daß er die Erfüllung vom Andern verlangen kann, vorausgesetzt, daß es sich um eine Erfüllung handelt, welche als fungible von dem Anderen an einen Dritten bez. zum Vortheil der der Masse zu gewährende Leistung und nicht bloß als eine an den G.Schuldner persönlich zu erfüllende Leistung gefordert werden kann. Vgl. Anm. 5.

Verlangt der Verwalter die Erfüllung, so hat er die Vorschriften der §§ 121 Nr. 2, 124 zu beachten.

Der Verwalter „kann" die Erfüllung anbieten und verlangen, ist aber dazu nicht verpflichtet. Will er die Erfüllung nicht, so steht dadurch die Nichterfüllung des Vertrages und zwar eine nach dem Willen bez. seitens des G.Schuldners eintretende Nichterfüllung für das Verhältniß der Betheiligten hinsichtlich der K.Masse fest. Der Vertrag selbst ist nicht aufgehoben. Als selbstverständlich ist es nicht nöthig erachtet, diese andere Alternative des Wahlrechts im Gesetze zu erwähnen. Die Nichterfüllung gilt vielmehr als natürliche Regel beim Konkurse, so daß deshalb im § 15 nur erwähnt ist, daß der Verwalter auch die Erfüllung wählen kann. „Die Nichterfüllung ist die unmittelbare Folge der K.Eröffnung." Mot. 67. Der andere Theil kann die ihm durch die Nichterfüllung erwachsenen Ansprüche nur unter den Beschränkungen des § 21 geltend machen. — Die Nichterfüllung selbst ist für den anderen Theil auch dem G.Schuldner

gegenüber durch die Wahl des Verwalters beseitigt, durch welchen der G.Schuldner hinsichtlich des die Masse betreffenden Vertrages vollständig vertreten wird. Dem G.Schuldner ist dadurch nicht ein Massebestandtheil zur Verfügung überlassen; sondern die Erfüllung ist mit einer für ihn (auch nach der K.Beendigung) bindenden Wirksamkeit (zufolge § 5 Abs. 2) abgelehnt. Mandry S. 327. — Das Wahlrecht des Verwalters wird bei der Unbedingtheit des § 15 nicht dadurch ausgeschlossen, daß der andere Theil schon auf Erfüllung geklagt hat. Strieth. 39, 218. Ueber die Zulässigkeit vertragsmäßiger anderer Bestimmungen für den Konkursfall vgl. Vorb. 4 vor § 15.

4) Das Wahlrecht ist nur dem Verwalter gegeben. Hat in Folge dessen durch Erklärungen oder Rechtshandlungen des Verwalters eine Aenderung des Obligationsverhältnisses stattgefunden, so kann auch nach Aufhebung des Konkurses die Erfüllung nicht von dem oder gegen den G.Schuldner verlangt werden. Entsch. Bd. 75, 136, vgl. § 152. Sollte zur Zeit der Aufhebung des Konkurses hinsichtlich des Obligationsverhältnisses noch nichts geändert sein, so kann der G.Schuldner nicht das den Konkurs voraussetzende Wahlrecht des „Verwalters" geltend machen.

5) Der Verwalter kann nur „erfüllen und die Erfüllung verlangen"; will er die Erfüllung verlangen, so muß er seinerseits erfüllen. Die Forderung des anderen Theils auf Leistung dieser Erfüllung ist nach § 52 Nr. 2 eine Masseschuld. Sowohl selbst erfüllen, als auch die Erfüllung verlangen kann der Verwalter nur „an Stelle des G.Schuldners"; er muß sich also in beiden Beziehungen alle Einwendungen gefallen lassen, welche der andere Theil dem G.Schuldner entgegensetzen kann, und muß die Leistungen „gleich dem G.Schuldner" bewirken. Durch die Wortfassung soll auch nicht eine Priorität der Erfüllung vor dem Verlangen nach anderseitiger Erfüllung ausgedrückt werden. Vielmehr richtet es sich auch nach der Stellung des Verwalters „an Stelle des G.Schuldners", ob Leistung und Gegenleistung Zug um Zug, oder ob und welche von ihnen vorgängig erfolgen muß. Konnte der Mitkontrahent vom G.Schuldner Kaution für die Erfüllung verlangen, so muß der Verwalter die Sicherheit leisten. Dies gilt auch von einer gesetzlichen Kautionspflicht des G.Schuldners z. B. code civ. art. 1613. Außerhalb einer dem G.Schuldner obliegenden Kautionspflicht soll jedoch der Verwalter auf Grund der K.Eröffnung Kaution zu bestellen nicht verpflichtet sein. Mot. 69. Das Recht eines Wechselinhabers, nach Art. 29 Wechs.-O bez. Gesetz v. 27. Mai 1863, G.S. S. 357 (Novelle) Art. 1 Nr. 6 vom Aussteller oder (vgl. Entsch. 20, 343) vom Acceptanten des Wechsels Sicherheit zu fordern, wird in solchen Fällen, wo der Verwalter die Haftung für den Wechsel als Folge der seinerseits verlangten Vertragserfüllung zu leisten hat, auch dem Verwalter gegenüber nicht zu versagen sein, so wie er auch eine sonstige gesetzliche oder vertragsmäßige Kautionspflicht des G.Schuldners in gleichem Falle nicht ablehnen kann. Durch § 15 wird der Verwalter nicht von irgend einer gesetzlichen Kautionspflicht befreit, sondern es ist ihm, ohne am bürgerlichen Rechte zu ändern, nur nicht eine allgemeine Kautionspflicht für jede von ihm zu leistende Erfüllung auferlegt und nur dies ist in den Mot. 69 ausgedrückt. Andernfalls müßte das Civilrecht durch die K.O. geändert sein, da der Verwalter „an Stelle des G.Schuldners" ebenso erfüllen muß, wie dieser, und da das Recht, von dem in Konkurs gerathenen Acceptanten Sicherheit im Wechselprozesse zu fordern in der Novelle v. 27. Mai 1863 ausdrücklich ausgesprochen ist. A.M. Petersen S. 85. Sofern der Wechselinhaber seine Wechselforderung nur als betagte oder bedingte Konkursforderung geltend machen kann, kommen §§ 10, 58, 60 zur Anwendung und kommt Art. 29 W.O. neben § 10 nicht in Frage.

6) Im E. I. § 20 war (wie in P. § 16) bestimmt, daß der Verwalter das Wahlrecht „innerhalb einer vom Gericht auf Antrag des anderen Theils zu setzenden Frist" auszuüben hat, widrigenfalls er die Erfüllung nicht verlangen könne. Die Frist ist beseitigt, weil selbst die kürzeste dem Mitkontrahenten die schwersten Verluste zufügen kann.

Mot. 68. Eine Vermittelung des Gerichts ist für das „Erfordern des andern Theils" und für die Erklärung nicht nöthig. Eine besondere Form ist weder für die Aufforderung, noch für die Erklärung vorgeschrieben, also auch nicht nöthig, und jede schriftliche oder mündliche genügend. Die Betheiligten haben sich indeß den Beweis zu sichern. Auf Kosten des Verwalters eine besondere Form zur Aufforderung zu wählen, würde der Mitkontrahent nur dann berechtigt sein, wenn er durch Verschulden des Verwalters dazu genöthigt würde. Die Analogie des auf Fixgeschäfte beschränkten Art. 358 H.G.B. ist (gegen v. Völdernborff I. S. 198) jedenfalls nicht zutreffend. — Ein Bevollmächtigter des andern Theils braucht der Aufforderung seine Vollmacht nicht beizufügen; es ist Sache des Verwalters, die Vorlegung zu verlangen, wenn er sie bezweifelt. A.L.R. I. 13 § 91. Entsch. 78, 22.

Die Erklärung kann ohne Rücksicht darauf, ob die Erfüllungszeit schon eingetreten ist, jederzeit nach der K.Eröffnung gefordert werden. Streiten die Parteien über die Folgen der Erklärungen oder über die Unterlassung, so wird der Prozeßrichter mit der Entscheidung darüber befaßt. „Der Ausdruck: „ohne Verzug" läßt eine Berücksichtigung der einzelnen Umstände zu". Mot. 69. Die Zeitbestimmung: „ohne Verzug" ist entsprechend dem gleichen Ausdrucke in Art. 347 Abs. 1 H.G.B. nach den konkreten Umständen auszulegen. R.O.H. 2, 234, 335; 11, 307. Die Analogie der Fixgeschäfte, Art. 357 H.G.B., ist (gegen v. Völdernborff I. S. 200) bei der abweichenden Bedeutung des Zeitmoments für diese Geschäfte sachwidrig.

§ 16.

War die Lieferung[1] von Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben,[2] genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist[3] bedungen, und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein,[4] so kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden.[5]

Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit[6] geschlossenen Geschäfte ergiebt.[7]

Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung.[8]

E. I. 21. P. 17.

1) Im § 16 ist eine Ausnahme vom § 15 für Fixgeschäfte über „Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben", bestimmt. Das Lieferungsgeschäft wird dann in eine Differenzvergütung aufgelöst. Das Wahlrecht des § 15 cessirt, weil es durch die Preisschwankungen, die Verkettung des einen Geschäfts mit unberechenbaren anderen und durch die zeitweilige Ungewißheit ungerecht wird. „Die Gewißheit, daß das Geschäft nicht zur Ausführung kommt, und statt dessen Entschädigung gewährt wird, gereicht beiden Theilen zum Vortheil". Mot. 69—71. Als Zeitpunkt, nach welchem die Entschädigung zu berechnen ist, hat § 16 weder den oft ungewissen und bei Geschäften auf Kündigung der Spekulation anheim fallenden kontraktlichen Erfüllungstag, wie P. § 17, noch auch

den Tag der K.Eröffnung (wie E. I. § 21), welcher dem Anderen den sofortigen Abschluß eines neuen gleichartigen Deckungsgeschäfts nicht ermögliche, sondern zum letzteren Zwecke den zweiten Werktag nach der K.Eröffnung bestimmt. Mot. 71—74.

Der § 16 ist als Fortsetzung des § 15 zu lesen, dessen Bestimmungen er für die an sich unter § 15 fallenden Fixgeschäfte modifizirt. Vgl. Anfang der Mot. zu § 16: „Eine Ausnahme von dem im § 15 festgesetzten Wahlrechte des Verwalters erscheint geboten bei den .... Zeitgeschäften." Daraus folgt, daß zur Anwendbarkeit des § 16 außer den darin ausdrücklich ausgesprochenen Voraussetzungen der Abs. 1 und 3 auch ferner vorausgesetzt ist, daß das Geschäft von Jedem der beiden Theile zur Zeit der K.Eröffnung noch ganz oder theilweise zu erfüllen ist. Ist dies der Fall, jedoch eine der Voraussetzungen des § 16 nicht vorhanden, so kommt § 15 zur Anwendung. Ist dagegen das Geschäft von einem Theile schon vollständig erfüllt, so sind weder § 16 noch § 15 anwendbar, sondern die für diesen Fall in Anm. 1 zu § 15 entwickelten Grundsätze. Hatte also der Käufer schon vor der K.Eröffnung vollständig erfüllt, so kann der Verwalter für den G.Schuldner als Verkäufer seine Rechte aus Art. 357 H.G. geltend machen, und der andere Kontrahent mit Rücksicht auf § 21 seine Schadensforderung als K.Forderung verfolgen. Daß in diesem Falle eine gleiche Regelung der Sache, wie in § 16, zutreffend gewesen wäre, macht sie hier nicht anwendbar. Hullmann S. 103, 104; Petersen S. 90; Stieglitz S. 95; v. Völderndorff I. S. 206, 207. A.M. v. Sarwey S. 71, 75; Wengler S. 151. War andererseits die Lieferung der Waare — die für den § 16 am meisten charakteristische Erfüllung — vor der K.Erfüllung, wenngleich vor der bedungenen Zeit, als Vertragserfüllung erfolgt und angenommen, ehe der Konkurs eröffnet war, so sind gleichfalls weder § 16 noch § 15 anwendbar und der Verkäufer hat dann unbedingt und nur den Kaufpreis (der Verwalter als Forderung zur K.Masse, der andere Kontrahent als K.Forderung) zu beanspruchen. Ist zur Zeit der K.Eröffnung theilweise geliefert, so bleibt § 16 nur hinsichtlich der rückständigen Lieferung anwendbar, weil nur hinsichtlich dieses Theils eine Erfüllung im Sinne des § 16 in Rede steht. Soweit § 16 anwendbar ist, bleibt für die Grundsätze des § 15 kein Raum.

2) Zu den Waaren, „welche einen Markt- oder Börsenpreis haben", sind im Sinne des A.H.G. alle käuflichen beweglichen Sachen einschließlich der Werthpapiere zu verstehen. Durch die Bedingung, daß sie einen Markt- oder Börsenpreis haben müssen, ist von der Anwendbarkeit des § 16 der Fall ausgeschlossen, wenn nicht vertretbare (fungible, P. § 17) Sachen, sondern individuell bestimmte Sachen geliefert werden sollen. Weizen aus einem speziellen Vorrath oder ein nach Nummer (oder Gut) genau bestimmter Pfandbrief hat keinen Markt- oder Börsenpreis. Der Begriff des Markt- und Börsenpreises ist im Sinne des H.G. Art. 353, 357, 311 zu verstehen. R.O.H. 2, 194; 7, 174; 8, 98; 17, 305. Makower Anm. 36a zu Art. 353.

3) Die Bedingung, daß die Waare „genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist" geliefert werden soll, ist gleichlautend mit der im H.G. § 357 als Voraussetzung festgesetzten Zeitbestimmung. Zur Auslegung dient hier also, was von der Zeitbestimmung des Art. 357 gilt. Ein derartiges Geschäft im Sinne des § 16 bez. des Art. 357 liegt nur vor, wenn die Zeitbestimmung eine so wesentliche Bedingung ist, daß das Geschäft selbst damit steht und fällt. R.O.H. 3, 273 ff.; 4, 164; 6, 18, 228, 376; 20, 236.

4) Wenn Zeit oder Frist schon vor Eröffnung des Verfahrens abgelaufen waren, also § 16 nicht anwendbar ist, und die Ansprüche nicht schon regulirt sind, so finden § 15 und A.H.G. Art. 354, 355, 357 Anwendung. Zu beachten ist dabei besonders, daß der Verwalter, soweit er danach Erfüllung verlangt, diese nur „an Stelle des G.Schuldners" fordern kann, also auch dessen Erklärungen, Unterlassungen und Verzug gegen sich gelten lassen muß. Anm. 5 zu § 15.

Läuft die Zeit oder Frist mit dem Tage der Eröffnung oder dem ersten Werktage nachher ab, so fällt diese Zeit nach der Eröffnung. Vgl. § 100, H.G. Art. 329, 330, 332, Preuß. A.L.R. I. 3 § 47. Dernburg II. § 118 Anm. 10 bemerkt, daß dann die Regelung nach dem Kurse des zweiten Werktages (Abs. 2) nicht Absicht des Gesetzgebers und deshalb der Erfüllungstag zur Berechnung nach Abs. 2 maßgebend sei. Die Anwendung des Abs. 2 ist jedoch dann unmöglich, weil es keine Markt- oder Börsenpreise für eine künftige Erfüllung in einer schon vergangenen Zeit giebt. Es findet also Abs. 3 Anwendung. So auch Petersen S. 92, 93 und v. Völdernndorf I. S. 207. Für eine analoge Anwendung des § 6 Abs. 3, wie v. Völderndorff will, ist jedoch weder Grund, noch die Zulässigkeit vorhanden.

5) Beide Theile können im Falle des § 16 nicht die Erfüllung, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen, sowohl der Käufer als der Verkäufer der Waaren, und ohne Rücksicht, ob Käufer oder Verkäufer der G.Schuldner oder der andere Kontrahent ist. Die Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung hat allemal derjenige, zu dessen Gunsten sich die Differenz gemäß Abs. 2 ergiebt, gleichgültig, wer von beiden im Verzuge ist. War die Erfüllungszeit während des Konkurses eingetreten, und ist § 16 anwendbar, so gilt das Recht auf den Anspruch aus § 16 auch nach Aufhebung des Konkurses, und zwar nicht nur zu Gunsten des anderen Theils gegen den G.Schuldner, sondern auch zu Gunsten des G.Schuldners gegen seinen Mitkontrahenten. Die im § 16 vorgeschriebene Aenderung der Rechte der Kontrahenten tritt als Folge der K.Eröffnung kraft Gesetzes im Interesse beider Theile ein (Anm. 1); die Erfüllungszeit kann zumal für solche Geschäfte, bei welchen die Zeit einer der wesentlichsten Faktoren ist, nur einheitlich für alle Betheiligte so, wie § 16 bestimmt, gelten sollen. Demgemäß hat auch das Obertrib. in Strieth. 38, 285 mit Rücksicht auf die analoge Vorschrift der P. 17 entschieden. Dagegen ist in Strieth. 73, 353 angenommen, daß zwar der Dritte gegen den G.Schuldner, nicht aber dieser gegen jenen nach der K.Aufhebung einen Entschädigungsanspruch aus P. § 17 geltend machen könne, weil der G.Schuldner nach P. § 21 und A.L.R. I. 5 §§ 381, 384 den Dritten entschädigen müsse. Diese Entscheidung ist jedoch schon für P. § 17 bedenklich, da nach P. § 21 nur für die Entschädigung, welche der Dritte zu fordern hat, die Vorschriften des A.L.R. I. 5 §§ 380 ff. anwendbar erklärt sind. Jedenfalls ist sie für die Anwendung des § 16 nicht maßgebend; die Entschädigung ist im Abs. 2 ausnahmslos allen Betheiligten gegenüber und zwar unter Berücksichtigung der bedungenen Erfüllungszeit normirt. Anm. 6.

6) Maßgebender Preis ist nicht der Preis, welcher für eine am zweiten Werktage nach der K.Eröffnung sofort erfolgende Lieferung gezahlt wird, sondern der Preis, welcher an diesem Tage für eine, zur bedungenen späteren Erfüllungszeit erfolgende Lieferung gleichartiger Waaren am Erfüllungsorte der geltende ist. Mot. 74. Der Preis wird also bestimmt, wie wenn der Vertrag am zweiten Werktage nach der K.Eröffnung auf Lieferung mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossen wäre. Die in Busch Zeitschr. Bd. I. S. 510, 511 versuchte Redaktionsverbesserung, wonach der Tag des Geschäftsabschlusses gleichgültig sein soll, und nur der am zweiten Werktage sich ergebende Kurs oder Marktpreis für die mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte maßgebend sein soll, führt nur in den (allerdings wahrscheinlichen) Fällen zu demselben Resultate mit dem deutlichen Gesetze, wenn es für den Markt- oder Börsenpreis gleichgültig ist, ob dergleichen Geschäfte an demselben Tage oder früher geschlossen sind. Da „nur" eine Forderung wegen Nichterfüllung, Abs. 1, und zwar in dem im Abs. 2 bezeichneten Betrage geltend gemacht werden kann, so kann als gesetzliche hier nur diese Feststellung der Schadensforderung, insbesondere nicht der Verkauf für Rechnung des Käufers, Art. 357 Abs. 2, angesehen werden. — Eine anderweite Vertragsbestimmung über die Höhe ist nicht ausgeschlossen, vgl. auch § 55 Nr. 2. Während Abs. 1 eine ab-

solute verbietende Vorschrift ist, welche den K.Gläubigern bez. dem Verwalter ein unbedingtes Recht giebt („nur eine Forderung"), bestimmt Abs. 2 nur das subsidiarisch Gesetzliche, welches anwendbar ist, wenn nichts anderes bestimmt ist. Vgl. auch § 15 Berliner Börsen-Usancen und Vorbem. 4 vor § 15.

Der zweite Werktag nach der K.Eröffnung ist so zu berechnen, daß der Tag der K.Eröffnung nicht mitgerechnet wird, sondern erst der folgende Tag der erste ist. Für die Bestimmung der Erfüllungs- und Werktage sind Art. 329, 330 H.G. maßgebend; Sonntage und „allgemeine Feiertage" — letztere nach den für den Erfüllungsort maßgebenden Vorschriften — bleiben außer Berechnung. Petersen S. 92; v. Völderndorff I. S. 211, 212. In Preußen sind allgemeine Feiertage: Weihnachten, Ostern, Pfingsten je zwei Tage; Neujahr, Bußtag (Mittwoch nach Jubilate), Charfreitag, Himmelfahrt. Vgl. Anm. zu C.P.O. §§ 171, 200.

7) Auf welche Weise die Ermittelung des Regulirungspreises geschieht, ob durch amtliche Kursnotirungen oder Sachverständige, ist im Resultat gleich, wenn nur überhaupt die Ermittelung mit Sicherheit erfolgt. Mot. 74. Es entscheidet das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung ohne Beschränkung der Beweis- und Ueberzeugungsmittel, als welche auch Zeitungsnotizen ausreichen können. C.P.O. § 259. Vgl. R.O.H. 2, 194; 7, 174; 8, 98; 17, 305.

8) Ist der Markt- und Börsenpreis für das streitige Geschäft überhaupt nicht zu ermitteln, so ist § 16 nicht anwendbar. Es finden dann § 15, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen, und im Uebrigen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, A.H.G. Art. 357, 354—356, Anwendung. Die Vorschrift der P. § 17 (Ges. v. 12. März 1869), daß in diesem Falle der Kurs am kontraktlichen Lieferungstage oder eine Durchschnittsberechnung aus der gesammten Lieferungsfrist maßgebend sein soll, ist reprobirt. Mot. 74.

§ 17.

Auf Pacht- und Miethverträge über Sachen[1] übt, wenn deren Uebergabe schon erfolgt ist,[2] die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:

1. hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet,[3] so kann sowohl der andere Theil als der Verwalter den Vertrag aufkündigen.[4] Die Frist oder Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche[5] oder ortsübliche;[6]
2. hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermiethet,[7] so wirkt eine freiwillige Veräußerung der Sache durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung sowie auf die Dauer des Vertrages[8] wie eine Zwangsversteigerung.[9]

E. I. 22. P. 18.

1) Für die Anwendung der §§ 17, 18 macht es keinen Unterschied, ob der Vertrag ein Pacht- oder Miethvertrag ist, und ob er bewegliche oder unbewegliche Sachen betrifft. Für Pacht- und Miethverträge sind in den §§ 17, 18 dieselben Grundsätze bestimmt. Sofern nach dem bürgerlichen Recht die gesetzlichen Kündigungszeiten oder der Einfluß einer Zwangsversteigerung für Pacht- und Miethverträge verschieden sind, ist natürlich der Unterschied zu beachten. Die Pacht- und Miethverträge über „Sachen" umfassen im Sinne des A.L.R. I. 2 §§ 7 ff. auch solche Verträge über Rechte als unkörperliche Sachen z. B. Nießbrauch, da den in den §§ 17, 18 bezeichneten Verträgen nur die Dienst-

miethe (§ 19) entgegengesetzt ist, jede Sachen- und Rechtsmiethe also unter §§ 17, 18 einbegriffen sein soll. v. Völderndorff I. S. 215; Petersen S. 96; Stieglitz S. 98. Vorausgesetzt sind andrerseits „Verträge". Ueber die Anwendung auf Pacht- oder Miethverhältnisse, welche auf testamentarischen Anordnungen beruhen, vgl. Entsch. 65, 411.

Ueber die Natur der durch die Modifikationen in Folge der §§ 17, 18 begründeten Rechte und Verbindlichkeiten als Rechte und Pflichten des G.Schuldners (gegen v. Völderndorff I. S. 217 ff.) vgl. Vorbem. 3 vor § 15. Ist in Folge dessen, gemäß der Ausübung des Kündigungsrechts von einer oder der andern Seite der G.Schuldner verpflichtet, eine Wohnung zu räumen, so kann der Mitkontrahent den Verwalter als den zur aktiven und passiven Vertretung des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse Verpflichteten im Prozeßwege zur Räumung anhalten. Der Verwalter kann auf dem in Anm. 1 zu § 107 angegebenen Wege gegen den G.Schuldner seinen Eintritt in den vom G.Schuldner innegehabten Sachen- oder Rechtsbesitz behufs der Uebergabe an den andern Theil bez. die Räumung seitens des G.Schuldners erzwingen.

Die Zulässigkeit einer Vertragsstipulation, daß mit der K.Eröffnung der Pacht- oder Miethvertrag aufgehoben sein soll (nach Stieglitz S. 98 unwirksam) ist nach den Grundsätzen für vertragsmäßige Verabredungen über Einwirkungen der K.Eröffnung zu beurtheilen, Vorbem. 4 vor § 15.

2) Abweichend von P. § 18 (vgl. Entsch. 74, 53) ist in den §§ 17, 18 unterschieden, ob das Objekt schon an den Pächter bez. Miether zum Gebrauche übergeben ist, § 17, oder nicht, § 18. Nach der Uebergabe erscheint das auf weitere Dauer berechnete Verhältniß als ein dingliches. Es handelt sich nicht mehr absolut um die Frage, ob erfüllt werden soll, sondern ob der bereits begründete Zustand fortdauern oder mit der K.Eröffnung aufgehoben werden soll. Das Wahlrecht des § 15 ist deshalb hier unanwendbar erachtet und die Ordnung des Verhältnisses durch die §§ 17, 18 wesentlich auf praktische Zweckmäßigkeitsrücksichten begründet. Insbesondere soll an sich der kontraktliche Fortgang der angetretenen Pacht oder Miethe durch die K.Eröffnung unmittelbar nicht gehemmt werden, aber das Kontraktverhältniß soll mit Rücksicht auf die veränderten Umstände vor der kontraktlich bedungenen Zeit beendigt werden können und ferner nicht eine Verwerthung der Sache zum Nachtheile aller übrigen Gläubiger hindern dürfen. Ueber diese Festsetzungen hinaus ist indeß in der K.O. der Dinglichkeit des Verhältnisses keine Folge gegeben und entscheidet im Uebrigen das Landesrecht über die Folgen der Rechtsverhältnisse. Mot. 74—76. Im E. I. sollte der Gedanke, daß das Kontraktsverhältniß selbst durch die K.Eröffnung nicht beseitigt werde, dadurch ausgedrückt werden, daß E. I. § 22 (jetzt 17) formulirte: die K.Eröffnung übe *nur* folgende Wirkungen aus. Das „nur" ist jedoch von der Vork. gestrichen, um nicht eine mißverständliche Bedeutung mit Rücksicht auf die Ansprüche wegen Entschädigung und die Berücksichtigung kontraktlicher Bestimmungen hervorzurufen.

Hinsichtlich der Grenzen der Zulässigkeit anderer vertragsmäßiger Vereinbarungen vgl. Vorb. 4 vor § 15.

Im § 17 sind die Verhältnisse geordnet, wenn die *Uebergabe* des Objekts zur Zeit der K.Eröffnung schon *erfolgt* ist, im § 18, wenn sie „*noch nicht erfolgt ist*". Ob der Miethszins bereits gezahlt oder ob die Kontraktsbeginnzeit schon eingetreten ist, macht also allein keinenfalls einen Unterschied. Durch eine Besitznahme gegen den Willen des Vermiethers oder Verpächters ist keine Uebergabe bewirkt, also § 18 dann anwendbar. Ob bei Gestattung der Besitznahme vor dem Beginne der Kontraktszeit eine Uebergabe erfolgt war, ist eine Thatfrage, welche zu bejahen ist, wenn nach den Umständen der Besitz als Recht eingeräumt ist; ob gegen oder ohne Entgelt (Stieglitz S. 99), dürfte nur eines der zu berücksichtigenden Momente sein; die Vermuthung spricht dafür, daß ein Miether, welcher einige Wochen vor der Kontraktszeit mit Genehmigung des Vermiethers

einzieht, auch den vollberechtigten durch Uebergabe begründeten Miethbesitz in allen Beziehungen haben soll. Bei theilweiser Uebergabe der Objekte wird man nicht immer (mit Petersen S. 96; v. Völderndorff I. S. 215, 216) den § 17 anwenden können, sondern nur, wenn das Wesentliche übergeben ist, falls dann auch in Betreff einzelner Nebenobjekte die Uebergabe noch nicht erfolgt war. War der Uebergabeakt auch in Betreff des Wesentlichen erst begonnen und noch nicht vollendet, so ist noch keine Uebergabe erfolgt. Jedenfalls kann nicht theilweise § 17, theilweise § 18 anwendbar sein. Das von den Kontrahenten als einheitliches gewollte Rechtsverhältniß ist auch hinsichtlich der Einwirkung des Konkurses als einheitliches zu behandeln. Stieglitz S. 99.

3) Zu Nr. 1. Unter Nr. 1 ist der Fall behandelt, wenn in einem durch Uebergabe angetretenen Vertragsverhältnisse der G.Schuldner Pächter oder Miether ist. Dem für den Fall der Nr. 2 berücksichtigten Verkauf ist hier kein besonderer Einfluß gestattet. Der Verkauf des Objekts seitens des Verpächters oder Vermiethers gegen den K.Verwalter übt dieselbe Wirkung, wie er sie gegen den G.Schuldner gehabt haben würde, wenn die K.Eröffnung unterblieben wäre. Mot. 77. Der Vertrag und das bürgerliche Recht entscheiden darüber.

4) Dem G.Schuldner als Pächter bez. Miether, also für ihn dem Verwalter, ist das Kündigungsrecht gegeben, weil es dem Zwecke des K.Verfahrens: Versilberung der Masse und Befriedigung der Gläubiger zuwiderlaufen würde, wenn der Verwalter Pacht oder Miethe bis zum Kontraktsende mit den Mitteln der Masse durchführen müßte. „Der Verpächter oder Vermiether wird hinreichend dadurch geschützt, daß der Verwalter zu einer gehörigen Kündigung verpflichtet ist. Im Uebrigen bleiben ihm seine Ansprüche auf Entschädigung vorbehalten", und zwar nicht blos die im Kontrakte vorgesehenen Schadensansprüche, wie in den Mot. 78 (unnöthig beschränkend) erklärt ist, sondern alle nach Civilrecht begründeten, Prot. 19. Der Anspruch des Verpächters oder Vermiethers auf Entschädigung kann nur als K.-Forderung geltend gemacht werden und ist nicht eine Masseschuld nach § 52 N. 2. Es ist nicht ein Anspruch auf eine fernere Vertragserfüllung, wie § 52 Nr. 2 voraussetzt, sondern ein Anspruch für die vorzeitige Aufhebung, also für theilweise Nichterfüllung. Anm. 1, 2, 5 zu § 21. Der Anspruch nimmt jedoch am Absonderungsrechte des § 41 Nr. 2, 4 Theil. Der für die Zeit bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist zu zahlende Mieth- oder Pachtzins gehört dagegen nach § 52 Nr. 2 zu den Masseschulden. Ueber den Umfang dessen, was der Verpächter oder Vermiether als Masseschuld fordern kann, vgl. Anm. 4 zu § 52.

Dem Verpächter und dem Vermiether ist das gleiche Kündigungsrecht wie dem Verwalter gegeben; dem Verpächter, weil die Persönlichkeit des Pächters von durchschlagender Bedeutung ist; dem Vermiether, weil der Verwalter das Miethsobjekt meist in anderer Weise gebraucht, und weil in vielen Fällen mit dem Miethverhältnisse ein Pachtverhältniß, dessen Kündbarkeit unbedingt festzuhalten, untrennbar verbunden und in manchen anderen die Frage, ob Miethe oder Pacht vorliege, schwer zu entscheiden ist. Mot. 78, 79.

Der Kontrahent, welcher kündigt, hat keinen Entschädigungsanspruch. Er macht von seinem Rechte Gebrauch; ihm geschieht sein Wille und er hat die Folgen davon zu tragen. Der Verwalter, welchem als dem Vertreter des G.Schuldners gekündigt wird, hat ebenfalls keinen Entschädigungsanspruch; denn der G.Schuldner selbst hat durch seinen, das Kündigungsrecht begründenden, Konkurszustand die gesetzliche Ausnahme vom Kontraktsrechte herbeigeführt. Ueber die Wirkung desfallsiger Aenderungen nach der K.Beendigung vgl. Vorb. 3 vor § 15.

5) Die Zeit für die Kündigung ist derjenige Zeitmoment, in welchem bez. für welchen die Aufhebung verlangt bez. die Kündigung erklärt werden kann, — Kündigungszeit, Räumungstermine; die Frist ist der Zeitraum, welcher zwischen der Kündigung und dem

Umzugs-(Räumungs-)Termine liegen soll. Die kontraktliche Kündigungsfrist (oder Zeit), welche E. I. § 22 überhaupt nicht berücksichtigen wollte, soll nur dann maßgebend sein, wenn sie kürzer bez. näher ist, als die gesetzliche. Die Regel ist die gesetzliche Frist und Zeit nach dem bürgerlichen Landesrechte. Für die positive Ausschließung einer andern Pachtkündigung als zum Ablaufe eines Wirthschaftsjahrs wurde kein Bedürfniß empfunden; nirgends werde eine Aufhebung mitten im Wirthschaftsjahr gestattet sein. Mot. 79.

Das Kündigungsrecht ist im § 17 Nr. 1 unbedingt für alle Fälle gegeben. Wenn durch Vertrag, Gesetz oder Ortsüblichkeit Fristen oder Zeiten nicht besonders fixirt sind, so kommen die gesetzlichen allgemeinen Bestimmungen über Zeiten und Fristen bei Geltendmachung von Rechten mit Rücksicht auf die ratio legis und auf die konkreten Umstände zur Anwendung und die hiernach zu bestimmende Zeit bez. Frist ist dann die gesetzliche. (Abweichend allerdings im § 19, vgl. Anm. 4, 5 zu § 19.) Aus diesem Grunde ist bei der Berathung des preuß. Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 in der Kommission des Abgeordneten-Hauses für eine gesetzliche Regelung für die Bezirke der Appell.-Gerichte zu Kiel und Cassel, in welchen gesetzliche und für Pachtverträge auch ortsübliche Fristen fehlen, kein Bedürfniß empfunden, während der Regierungskommissar bemerkte, die Landesgesetzgebung könne keine bindende Erklärung über die Auslegung der K.O. geben. Für das Gebiet des preuß. Landrechts vgl. A.L.R. I. 21 §§ 342 ff., Ges. v. 30. Juni 1834, Entsch. 34, 171, 176; Strieth. 72, 8. Für den Bezirk des Appell.Ger. zu Frankfurt a. M. vgl. preuß. Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 § 1. Ueber sonstige gesetzliche Regelung in deutschen Bundesstaaten vgl. v. Wilmowski Ausführ.- und Uebergangsges. zur K.O. s. Register: Miethverträge, Pachtverträge.

In den Mot. 79, 80 wird der Vorschrift der bayer. P.O. § 1220 zugestimmt, daß das Kündigungsrecht (einer Pacht) nicht blos das erste zulässige Mal, sondern wenn im ersten Jahre nicht ausgeübt, auch noch in den folgenden Jahren ausgeübt werden dürfe. Durch die K.Eröffnung falle die kontraktliche Grenze für die Dauer des Verhältnisses; es sei in dieser Beziehung ebenso, als ob Pacht oder Miethe auf unbestimmte Zeit eingegangen wäre. Darin, daß im ersten Jahre eine Kündigung unterblieben, sei ein Verzicht auf das weitere Kündigungsrecht nicht zu finden. Dies erscheine „als eine rechtliche Folge der Auffassung des Entwurfs." Indeß eine solche Konstruktion des Verhältnisses hat im Gesetze selbst keinen Ausdruck gefunden. Den Zweckmäßigkeitsgründen, aus welchen die Mot. das Kündigungsrecht selbst begründen, entspricht gerade eine alsbaldige Kündigung nach der durch die K.Eröffnung veranlaßten Aenderung des Verhältnisses; zumal da das Gesetz und die Mot. Gewicht darauf legen, daß die kontraktliche Frist maßgebend sein soll, wenn sie kürzer und nur dann nicht, wenn sie länger ist, als die gesetzliche. Eine längere Ungewißheit unbestimmter Dauer würde den beiderseitigen Interessen entgegen und zumal für Pachtverhältnisse unerträglich und dem präsumtiven Willen der Kontrahenten widersprechend sein. Hat ein Theil an einer Verlängerung des Verhältnisses ein Interesse, so kann er nur auf den Weg der Vereinbarung verwiesen werden, falls die gesammte Kontraktsdauer nicht ausgehalten werden soll. Durchgreifend ist, daß das Gesetz selbst bestimmt: die K.Eröffnung hat die Wirkung, daß beide Theile mit der gesetzlichen oder etwa kürzeren kontraktlichen Frist oder Zeit kündigen können. Darunter kann nur verstanden werden, daß Jeder in der nach dem Zeitpunkte der K.Eröffnung gesetzlich zulässigen Zeit bez. mit gesetzlicher Frist kündigen kann (von kürzerer Kontraktsfrist abgesehen). Sollte die Kündigung nicht blos mit dieser Zeitbestimmung, sondern noch später, konsequent also noch nach Jahren erfolgen können, so müßte eine außergewöhnliche Ausdehnung der Befugniß ausdrücklich bestimmt sein. In der Entsch. d. Obertrib. 77, 31 (Strieth. 95, 272) ist auch für den analogen Fall der Kündigung eines Miethers nach einem Zwangsverkaufe des Grund-

stücks die Kündbarkeit gemäß preuß. A.L.R. I. 21 §§ 350 ff. auf das nächste Quartal beschränkt. Ist von keinem Theile von der Kündigungsbefugniß Gebrauch gemacht, so dauert das Kontraktsverhältniß fort, da das Gesetz eine andere Wirkung als jene Befugniß nicht vorschreibt. Die übrigen Kommentatoren folgen den Mot. ohne besondere Begründung. Indeß bemerkt v. Völdernndorff I. S. 223, 224: nach dem Wortlaute des Gesetzes und nach der logischen Interpretation würde eine spätere Kündigung nicht zulässig und der Vertrag dann zu übernehmen sein, wie er ist; aber nach den Mot. sei „als Absicht des Gesetzgebers" das Gegentheil anzunehmen. Die Mot. sind jedoch nicht Gesetz.

6) Die ortsübliche Frist ist als durch den Ortsgebrauch lokal-gesetzlich der „gesetzlichen" gleichgestellt; sie würde nicht anwendbar sein, wo das Gesetz dem Ortsgebrauche derogirt. Wo ausnahmsweise in einzelnen Gebieten des gemeinen Rechts weder gesetzliche noch ortsgebräuchliche Fristen bestehen, bleibt die Bestimmung der Partikulargesetzgebung überlassen. Mot. 79. S. vorst. Anm. 5 Anf.

7) Zu Nr. 2. Für den Fall, daß der Vermiether oder Verpächter nach Uebergabe des Mieths- oder Pachtobjekts in Konkurs verfällt, sind die Wirkungen der K.Eröffnung übereinstimmend mit der P. § 18 Abs. 3 geordnet. Ein Wechsel in der Person des Verpächters, Vermiethers oder seines Vertreters ist hier an sich ohne Einfluß. Das Kontraktsverhältniß dauert fort. Ein außergewöhnliches Kündigungsrecht ist keinem Kontrahenten gegeben; jeder kann nur nach den gesetzlichen und kontraktlichen Bestimmungen kündigen. Damit jedoch etwaige Kontraktsbestimmungen oder die Kontraktsdauer eine Veräußerung nicht erschweren, bewendet es nicht nur bei den gesetzlichen Bestimmungen, wonach eine Zwangsversteigerung des Objekts dem Ersteher bez. auch dem anderen Theile die vorzeitige Auflösung des Verhältnisses gestattet; sondern die Wirkungen einer Zwangsversteigerung sollen auch dann eintreten, wenn das Objekt freiwillig seitens des Verwalters veräußert wird. Das K.Verfahren nöthigt zur Veräußerung und der Charakter eines Zwangsverkaufs macht sich in Folge dessen auch dem Pächter oder Miether gegenüber geltend, selbst wenn er unter den Formen eines freiwilligen Verkaufs erfolgt. Mit alleiniger Ausnahme der Gleichstellung des freiwilligen und des Zwangsverkaufs bleiben alle anderen kontraktlichen und gesetzlichen Verhältnisse unverändert. Welche Wirkungen auf Kündigungsbefugniß und Kontraktsdauer ein Zwangsverkauf (also hier jeder Verkauf) hat, entscheidet sich nach dem Landesrechte.

Die Vorschrift des § 17 Nr. 2 hat keine Bedeutung für diejenigen Landesrechte, nach welchen keine Veräußerung, weder eine freiwillige, noch eine Zwangsversteigerung die Kündigung oder Beseitigung von Pacht- oder Miethverträgen zur Folge hat; ebenso nicht für solche Landesrechte, nach welchen jede (freiwillige oder Zwangs-) Veräußerung zur Beseitigung der Pacht- und Miethsrechte berechtigt. Letzteres gilt für das gemeine Recht und das bayerische Landrecht. Die gemeinrechtliche Parömie: „Kauf bricht Miethe" bedeutet, daß der Erwerber kraft seines dinglichen Rechts den Miether vertreiben kann, der Miethsvertrag aber unter den Kontrahenten nicht aufgehoben wird, so daß sowohl der vertriebene Miether gegen seinen Vermiether Regreß nehmen kann, wenn ihn der Erwerber vertreibt, als auch den Kontrakt fortsetzen muß, wenn ihm der Vermiether etwa zufolge Vereinbarung mit dem Erwerber den ferneren Gebrauch gewährt. Windscheid § 400 Anm. 7, l. 25 § 1, l. 32 D. loc. cond. l. 120 § 2 D. leg. Würde der Verwalter ein Konkursgrundstück ohne Sicherung der Miethsrechte veräußern und der Erwerber den Miether vertreiben, so hat der Verwalter dem Miether Entschädigung zu leisten; und zwar, da die Veräußerung nur wie ein unverschuldeter Zwangsverkauf, und nicht wie eine freiwillige Rechtshandlung wirkt, also § 52 Nr. 1 nicht anwendbar ist, mit Rücksicht auf §§ 17 Nr. 2, 21, 52 Nr. 2 nur als K.Forderung, nicht als Masseschuld.

Von wesentlicher Bedeutung ist § 17 Nr. 2 für Landesrechte, nach welchen die freiwillige Veräußerung auf das Mieth- und Pachtrecht keinen Einfluß hat, wohl aber die Zwangsversteigerung; so in Sachsen, Bürg. G.B. § 1224; desgleichen für das Gebiet des preuß. Landr. vgl. A.L.R. I. 21 §§ 350—357. Entsch. 22, 340; 39, 155; 40, 149; 77, 31. — Für das franz. Recht vgl. Code civ. art. 1743 ff.

8) Die Einwirkung auf die Kündigungsbefugniß und die Kontraktsdauer hat mittelbar auch eine Wirkung auf die Entstehung einer Entschädigungs-Forderung des gekündigten Pächters oder Miethers gegen den G.Schuldner zur Folge. Auch in dieser Beziehung wirkt die freiwillige Veräußerung gleich einer Zwangsversteigerung und entscheidet über die Wirkung und deren Umfang das bürgerliche Landesrecht. Macht der Käufer von der ihm durch das Gesetz gegebenen Kündigungs- oder Auflösungsbefugniß Gebrauch, so kommen für die zwischen dem bisherigen Eigenthümer und dem Pächter oder Miether zu regelnde Entschädigungsfrage die Grundsätze über Gewährleistung zur Anwendung, soweit nicht besondere Vorschriften gegeben sind. Die Entschädigung kann immer nur als K.-Forderung geltend gemacht werden. Anm. 4 zu § 52. Vgl. § 21 und Anm. 4 zu § 17. Für das Gebiet des preuß. Landr. vgl. A.L.R. I. 21 § 355, Entsch. 76, 307, Strieth. 95, 135.

9) „Es mag sein, daß in einigen wenigen Rechtsgebieten selbst eine Zwangsversteigerung eine Aufhebung oder Aufkündigung der Pacht oder Miethe nicht bewirkt; dann bestände aber auch kein Bedürfniß, dem im Konkurse erfolgenden freiwilligen oder Zwangsverkaufe eine erhöhte Wirkung beizulegen oder wenn ein solches Bedürfniß die Abänderung des lokalen materiellen Rechts erfordern sollte, so läge dieselbe nicht in der Aufgabe einer K.O." Mot. 81.

§ 18.

Wenn der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet hatte, und die Uebergabe der Sache zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfolgt ist,[1] so kann der andere Theil von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.[2]

Auf Erfordern des Verwalters muß der andere Theil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Vertrage abgehen will. Unterläßt er dies, so kommen die Bestimmungen des § 15 zur Anwendung.[3]

E. I. 28. P. 18.

1) Ist zur Zeit der K.Eröffnung die Uebergabe noch nicht erfolgt, so liegt eine „Dinglichkeit" des Verhältnisses und eine Frage nach der Fortdauer eines solchen nicht vor. Die Regel des § 15, wovon § 18 nur eine zulässige Ausnahme bestimmt, kommt daher zur Anwendung. Für den Fall, daß der G.Schuldner verpachtet oder vermiethet hat und eine Uebergabe noch nicht erfolgt ist, hat § 18 überhaupt keine Bestimmung getroffen. Es bleibt dann also die Regel des § 15 und das dort bestimmte Wahlrecht des Verwalters in Kraft; bez. wenn er nicht erfüllen lassen will, das Recht auf Entschädigung gemäß § 21, Mot. 82, sofern nicht etwa § 15 durch landesgesetzliche Vorschriften nach § 20 ausgeschlossen sein sollte. Ebenso bleibt dem Verwalter, wenn er Erfüllung wählt, nach § 15 die Pflicht, die Kontraktsverbindlichkeiten als Masseschulden zu erfüllen, § 52 Nr. 1, auch die Gewährleistung nach gemeinem Recht, wenn er später veräußert. Der § 17 Nr. 2 ist dann nicht anwendbar.

2) Für den Fall, daß der G.Schuldner gepachtet oder gemiethet hatte, und noch nicht übergeben war, ist dem Verpächter bez. Vermiether ein Recht auf sofortigen Rücktritt aus denselben Gründen, welche für denselben Fall nach der Uebergabe

das Kündigungsrecht des § 17 Nr. 1 veranlaßt haben, eingeräumt. Das Rücktrittsrecht kann nur derartig ausgeübt werden, daß der Verpächter oder Vermiether von dem Vertrage abgehen kann, „gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre" (analog den Art. 354, 355 H.G.). Alsdann hat folgerecht keiner von Beiden einen Anspruch auf Entschädigung. Mot. 82. Den etwa vom G.Schuldner vorausbezahlten Pacht- oder Miethzins muß natürlich der Verpächter bez. Vermiether zur Masse zurückzahlen. Neben dieser Ausnahmebestimmung hat dann § 15 überhaupt keine Anwendung. Nach E. I. §. 23 sollte in diesem Falle der Verpächter oder Vermiether das Kündigungsrecht des § 17 Nr. 1 haben. Dies könnte in unpraktischer Weise unter Umständen zu einer vorgängigen Antretung des Verhältnisses führen, um es alsbald wieder aufzulösen. Die Vork. hat dafür das Recht auf sofortigen Rücktritt substituirt.

3) Der Verwalter Namens des G.Schuldners hat nach Abs. 2 zufolge seines Wahlrechts aus § 15 das Recht der Nichterfüllung. Dasselbe ist jedoch nicht ein Recht des Rücktritts, wie Abs. 1, sondern mit der Verpflichtung zur Entschädigung des andern Theils (als K.Forderung nach § 21, vgl. Anm. 3 zu § 15) verbunden, wenn der andere Theil nicht abgehen will. Um sich nicht unnöthig dieser Entschädigungsforderung auszusetzen, wird der Verwalter, falls nicht besondere Umstände drängen, die Erklärung des andern Theils abwarten oder veranlassen, ob dieser vom Vertrage abgehen will. Indeß ist er nicht verpflichtet, mit der Wahl der Nichterfüllung nach Abs. 2 zu warten, bis der Mitkontrahent sich erklärt hat oder zur Erklärung aufgefordert ist. Er kann auch sofort erklären, daß er auf alle Fälle nicht erfüllen wolle. Vgl. v. Völdernborff I. S. 229; Stieglitz S. 104.

Der Verwalter hat das Wahlrecht aus § 15 nicht blos dann, wenn der Mitkontrahent die Erklärung unterläßt, sondern auch, wenn derselbe erklärt, daß er nicht zurücktreten will, da für diesen im § 18 nicht erwähnten Fall keine Ausnahme vom § 15 gemacht ist, welcher anwendbar bleibt, soweit § 18 nicht modifizirt. Hullmann S. 107 Anm. 3.

Vorausgesetzt, daß der Mitkontrahent nicht abgehen will und dies zeitig erklärt, kann der Verwalter die Erfüllung wählen; er muß dann aber auch vollständig nach § 15 (vgl. Anm. 5 dazu) erfüllen, hat nicht die Kündigungsrechte aus § 17 Nr. 1 und seine Verbindlichkeiten sind Masseschulden.

In Betreff der Form der Erklärungen des Verwalters und des anderen Theils, sowie der Bedeutung des Ausdrucks: „ohne Verzug" gilt das in Anm. 6 zu § 15 Gesagte.

§ 19.

Ein in dem Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes[1] Dienstverhältniß[2] kann[3] von jedem Theile aufgekündigt werden. Die Frist und Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche[4] oder ortsübliche und in Ermangelung einer solchen von dem Konkursgerichte auf Antrag des Kündigenden festzusetzen.[5]

E. I. 24. P. 19. 20.

1) Ein Dienstverhältniß, welches ein Anderer bei dem G.Schuldner angetreten hat, ist im § 19, welcher eine weitere Ausnahme vom § 15 festsetzt, analog einem für den G.Schuldner als Pächter oder Miether eingetretenen Pacht- oder Miethverhältnisse, wie im § 17 Nr. 1, behandelt, weil in gleicher Weise die dauernde Benutzung (hier einer Arbeitskraft) in Frage steht, dem Verhältnisse ebenfalls bestimmte Termine für Beginn, Ende und Kündigung eigenthümlich und die gleichen Rücksichten auf die In-

teressen beider Theile maßgebend sind. Mot. 82. Für ein noch nicht angetretenes Verhältniß ist eine besondere Vorschrift nicht gegeben; es bewendet daher hierfür bei der Regel des § 15 bez. hinsichtlich der Entschädigung bei den Vorschriften des § 21.

Soweit indeß landesgesetzliche Vorschriften bestehen, welche über die Wirkung des Konkurses anders bestimmen (vgl. preuß. Gesinde=O. v. 8. Nov. 1810 § 107, 101—106), kommen dieselben hinsichtlich eines noch nicht angetretenen Dienstverhältnisses zufolge des Vorbehalts im § 20 statt des § 15 zur Anwendung. Denn ein solches Rechtsverhältniß ist vom § 19 nicht betroffen. Hullmann Anm. 7 S. 112; Stieglitz S. 106, 108. A.M. v. Sarwey S. 85. Abweichende landesgesetzliche Vorschriften über ein angetretenes Dienstverhältniß, welches nicht unter § 19 fällt, vgl. Anm. 2, bleiben aus demselben Grunde in Kraft; solche über ein unter § 19 fallendes dagegen sind zufolge der derogirenden reichsgesetzlichen Bestimmung (und arg. e contr. § 20) aufgehoben.

2) Zur Anwendbarkeit des § 19 ist ein Dienstverhältniß vorausgesetzt, in welchem nicht der G.Schuldner, sondern der Mitkontrahent der Dienstleistende ist. Für Verträge über Dienstleistungen des G.Schuldners gilt das in Vorb. 2 vor § 15 und Anm. 2 IV zu § 1 Bemerkte. Soweit aus denselben bereits vermögensrechtliche Forderungen entstanden sind, gehören diese mit den in Anm. 2 II., IV. und § 1 bemerkten Einschränkungen zur Konkursmasse. — Da ein Dienstverhältniß vorausgesetzt ist, erstreckt sich § 19 nicht auf Verträge über ein bedungenes Werk (locatio conductio operis) oder über einzelne Dienstleistungen (facere). Soweit diese überhaupt im Konkurse zu berücksichtigen sind (vgl. Vorbem. 2 vor § 15), finden §§ 15, 20 Anwendung. Vorausgesetzt ist, daß das Verhältniß „die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt." Mot. 83. Wer kontraktlich in einzelnen Stunden des Tages als Bote, Aufwärter u. s. w. Dienste leistet, steht nicht im Dienstverhältnisse. Der § 19 setzt ein auf fortgesetzte Verrichtung gleichartiger Dienste gerichtetes Verhältniß voraus, „ohne Unterschied freilich, ob das Dienstverhältniß im Sinne des § 4 Nr. 4, Bund.Ges. v. 21. Juni 1869, B.G.Bl. S. 242, als dauernd gilt oder nicht und ohne Unterschied, ob die Dienste lediglich in körperlicher Kraftanwendung bestehen oder in Leistungen, die eine besondere Sachkenntniß, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung erfordern." Mot. 83.

Von den durch den § 19 betroffenen Dienstverhältnissen sind dagegen nicht absolut solche ausgeschlossen, welche dem G.Schuldner persönlich geleistet werden, und nach Zweck und Wesen des Konkurses gemäß §§ 1, 2 und gemäß der theoretischen Unterscheidung in Vorbem. 2 vor § 15 an sich ausgeschlossen sein würden. Vielmehr gehören zufolge der begrifflichen Bedeutung solcher „Dienstverhältnisse" auch die zur persönlichen Dienstleistung für den G.Schuldner dazu, sofern sie für „den Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft" des G.Schuldners bestimmt sind. Nach den Mot. 64, 83 sollten allerdings die Dienste, „welche nur an den G.Schuldner und nicht an den K.Verwalter oder die Masse geleistet werden könnten" (Mot. 83) z. B. das Verhältniß „mit einer Amme oder den Erziehern seiner Kinder" (Mot. 64) vom § 19 ausgeschlossen sein, während dennoch das „Gesinde" darunter gerechnet wurde (Mot. 84). Die praktische Nothwendigkeit hat für die Dienstverhältnisse zur Abweichung von der theoretischen Konsequenz der Grundsätze geführt, welche in Vorbem. 2 vor § 15 angegeben sind, und als Prinzip allerdings sonst maßgebend bleiben. Im E. § 19 war redigirt: „ein bei dem G.Schuldner angetretenes Dienstverhältniß". In der R.K. wurden Bedenken angeregt, ob die in den Mot. ausgesprochene Unterscheidung im Gesetze ausgedrückt und zweckmäßig sei; es wurde ein Antrag (Websky) — nicht abgelehnt, wie v. Sarwey S. 64 meint, sondern — angenommen, dem § 19 zuzusetzen: „die vorstehende Bestimmung findet Anwendung, gleichviel, ob die Dienstleistung an die Person des G.Schuldners geknüpft ist

oder nicht". Der Antragsteller fügte, ohne Widerspruch Anderer, hinzu: der Angehörigen des G.Schuldners habe er nicht besonders gedacht, weil er annehme, daß durch seinen Antrag der Fall, wo es sich um Leistungen an einen Angehörigen handle, ohnehin mitbetroffen werde. Von der Redaktionskommission wurde statt dessen dem Eingange des § 19 die jetzige Fassung gegeben: „Ein, in dem Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des G.Schuldners angetretenes Dienstverhältniß." Durch diese mit der Vorrechtsbestimmung des § 54 Nr. 1 übereinstimmende Fassung, welche als Gesetz allein maßgebend ist, sind weder den Mot. folgend alle für den G.Schuldner persönlichen Dienstleistungen ausgeschlossen, noch gemäß dem Antrage Websky alle persönlichen Dienstleistungen eingeschlossen; dagegen sind die im Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des G.Schuldners zu erfüllenden Dienstverhältnisse, wenngleich sie für die Person des G.Schuldners dienen und die Dienste nicht der Masse und dem Verwalter zu leisten sind, eingeschlossen. Prot. 17, 18, 149. Die Bemerkung von Fuchs deutsch. Konk. S. 109: es sei vorausgesetzt, daß die Dienste nicht lediglich an den Kridar geleistet werden könnten, ist daher irrthümlich, ebenso die gleiche Ansicht von v. Sarwey S. 84, 406. Vgl. Hullmann S. 109 ff., 203—205; v. Völdernborff I. S. 232 ff.; Petersen S. 101, 102. Entscheidend ist hiernach nur, ob ein Dienstverhältniß im Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des G.Schuldners diesem gegenüber verbindlich, bestand; nicht ob die Fortsetzung des Dienstverhältnisses für die Gläubiger einen Werth hat, wie v. Sarwey S. 84, 406, und Wengler S. 164, 379 einschränken wollen. Haben die Dienste für die Masse keinen Werth, so behalten die Berechtigten auch ohne Dienstleistung ihre Rechte bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist. Auch ob die Dienste unmittelbar den Angehörigen zu leisten sind (Erzieher, Ammen u. s. w.), begründet keinen Unterschied. Ob jene Kategorien im einzelnen Falle vorliegen, ist im Uebrigen nach den konkreten Umständen zu beurtheilen. Unter einem Dienstverhältnisse im Haushalte ist offenbar ein solches für den Haushalt (vgl. Haushaltung und Wirthschaft in A.L.R. II. 5 § 177) zu verstehen, ohne Rücksicht, ob der Dienstleistende im Hause wohnt oder zur häuslichen Gemeinschaft gehört; aber auch ohne Ueberschreitung des sprachgebräuchlichen Begriffs des Haushalts, zu welchem z. B. der Hausarzt nicht gehört. Beispiele vgl. in Anm. 3 zu § 54.

Für Dienstverhältnisse, welche unter § 19 nicht einbegriffen sind, bleibt § 15 anwendbar, soweit sie überhaupt die Konkursmasse berühren und nicht § 20 eine Ausnahme begründet.

3) Eine sofortige Auflösung des Vertrages erfolgt von selbst nicht. Das Dienstverhältniß wird fortgesetzt, es „kann" nur früher aufgekündigt werden. Für die nach der K.Eröffnung geleisteten Dienste oder ausgehaltene Dienstzeit wird der bedungene Lohn aus der Masse als Masseschuld nach § 52 Nr. 2 bezahlt. Der Verwalter kann mit Rücksicht auf diese Fortsetzung des Verhältnisses die fernere Dienstleistnng verlangen. Welche Dienste und wie sie zu leisten sind, richtet sich nach dem Inhalte des Verhältnisses. Die Bemerkung in den Mot. 83: die Dienste würden „an den Verwalter geleistet", ist gemäß Anm. 2 nicht mehr unbedingt zutreffend.

4) Welche Fristen und Zeiten gesetzlich sind, bestimmt das bürgerliche Recht, die Reichs- bez. Landesgesetzgebung. Vgl. für Handlungsdiener H.G. Art. 61; für Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeiter Gew.Ordn. v. 21. Juni 1869 §§ 110, 127, 126; jetzt v. 17. Juli 1878, R.G.B. S. 199 §§ 122, 134, für Lehrlinge s. Anm. 2c zu § 20; für Gesinde und „Hausoffizianten" preuß. Gesinde-O. v. 8. November 1810 §§ 112, 113, 148. Wegen der Frage, ob die Kündigung noch nach längerem Zeitverlaufe zulässig ist, s. Anm. 5 zu § 17; wegen der Entschädigungsansprüche für eine vorkontraktliche Kündigung s. Anm. 1, 2, 5 zu § 21; über die ortsübliche Kündigung Anm. 6 zu § 17. Unter den gesetzlichen Fristen oder Zeiten sind hier mit Rücksicht auf die subsidiarische Bestimmung

nur die für solche Verhältnisse besonders bestimmten zu verstehen. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Zeiten oder Fristen (vgl. Anm. 5 zu § 17) sind hier nicht anwendbar.

5) Die Festsetzung des Konkursgerichts (§ 64), nicht eines Prozeßgerichts, erfordert kein förmliches Prozeßverfahren, sondern nur das in den §§ 65, 66 vorgesehene Verfahren. Gegen die Festsetzung findet die sofortige Beschwerde statt. § 66.

§ 20.

Soweit[1)] rücksichtlich einzelner, durch die §§ 16—19 nicht betroffener Rechtsverhältnisse[2)] die Reichsgesetze oder die Landesgesetze besondere Bestimmungen[3)] über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens enthalten, kommen diese zur Anwendung.

E. I. 25. P. 20.

1) Der § 20 betrifft nicht blos zweiseitige Verträge. Im E. I. § 25 und E. § 20 war redigirt: „durch die Vorschrift des § 15 werden die besonderen Bestimmungen nicht berührt, welche die Reichsgesetze oder die Landesgesetze über die Wirkung der Eröffnung des K.Verfahrens auf einzelne durch die §§ 16—19 nicht betroffene Rechtsverhältnisse enthalten." Diese Vorschrift sollte, wie auch die Bezugnahme auf § 15 ergab, nur die Ausnahmen wahren, welche Reichs- oder Landesgesetze von der Regel des § 15 in besonderen Bestimmungen machen. Mot. 63, 84. Prot. 156, 157. Die eingehende Berathung in der R.K., vorbereitet durch eine Monographie des Staatsraths Dr. v. Sarwey, führte zur Ablehnung der Anträge v. Sarwey: 1) den Vorbehalt der „Landesgesetze" im § 20 zu streichen; 2) statt „Rechtsverhältnisse" am Schlusse zu setzen: „zweiseitige Verträge"; 3) durch einen Zusatz die Bestimmungen der Landesgesetze über die Wirkung der K.Eröffnung auf einzelne Rechtsverhältnisse vorzubehalten, soweit in den §§ 15—19 über die Erfüllung von Rechtsgeschäften keine ausdrücklichen Vorschriften gegeben sind. Die Berathung hatte indeß veranlaßt, gegenüber der allgemeinen Aufhebung der Landesgesetzgebung über Konkursrecht im E.G. § 4 nicht nur für zweiseitige Verträge, sondern für alle Rechtsverhältnisse „besondere" Bestimmungen der Landesgesetze über die Wirkung der K.Eröffnung aufrecht zu erhalten. Die R.K. beschloß deshalb die jetzige Fassung und konstatirte „als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter": „diese Fassung werde gewählt, um die reichs- und namentlich die landesgesetzlichen Sondervorschriften Angesichts des § 4 des E.G. auch in Bezug auf Rechtsverhältnisse zu wahren, welche an sich unter die allgemeine Vorschrift des § 15 nicht fallen würden, also in Bezug auf andere, als zweiseitige Verträge und andere als eigentliche Vertragsverhältnisse. Dagegen verbleibe es dabei:

1. daß nur solche Vorschriften gewahrt werden sollen, welche nicht die Wirkung der K.Eröffnung auf Rechtsverhältnisse im Allgemeinen festsetzen oder als Ausfluß solcher allgemeinen Bestimmung diese auf einzelne Rechtsgeschäfte lediglich anwenden, sondern welche mit Rücksicht auf die besondere Natur einzelner Rechtsverhältnisse lediglich für diese unabhängig von jenen allgemeinen Bestimmungen getroffen sind;
2. daß diese Vorschriften nur insoweit gewahrt werden sollen, als sie die Frage der Erfüllung des Vertrages oder der Beendigung des Verhältnisses, nicht insoweit sie eine Rückforderung des bereits Geleisteten aus der K.Masse betreffen. In letzterer Beziehung kommen vielmehr die Vorschriften des § 21 bez. der §§ 35—38 zur ausschließlichen Anwendung". Prot. 19, 153—161, 202.

Diese Konstatirung muß auch als dem Gesetzesausdrucke entsprechend anerkannt werden. Daß § 20 alle Rechtsverhältnisse mit alleiniger Ausnahme der in den §§ 16—19

geordneten betrifft, erhellt aus der jetzigen Fassung selbst. Die §§ 35—38 sind sedes materiae für die Aussonderung des Eigenthums; der § 21 ist sedes materiae für die Frage der Rückforderung, soweit der Zurückfordernde nicht sein Eigenthum vindiziren kann. Demgemäß betrifft § 20, der Ueberschrift des Tit. 2 entsprechend, nur die Erfüllung bez. Beendigung, abgesehen von der Eigenthums- und Rückforderungsfrage. Die „besonderen" Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetze sind mit derselben vorstehend zu Nr. 1 bezeichneten Begrenzung ihrer Besonderheit in den Mot. 84 und von der Regierungsvertretung in der R.K. charakterisirt. Vgl. Anm. 3. Der legislative Grund für ihre Aufrechterhaltung ist: man müsse anerkennen, daß, wenn die Gesetze für bestimmte Rechtsverhältnisse den Fall der K.Eröffnung besonders berücksichtigen, dies in der Eigenthümlichkeit dieser Verhältnisse seinen Grund haben werde. Mot. 84. Prot. 19, 156—158.

2) Gemäß der Unterscheidung im § 20 ist hinsichtlich der Einwirkung der K.Eröffnung auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften (vgl. Ueberschrift d. Tit.) zunächst

a. zu erwägen, ob das Rechtsverhältniß durch die §§ 16—19 betroffen ist, in welchem Falle diese Vorschriften den Reichs- und Landesgesetzen derogiren. Mot. 84, Prot. 156.

b. Ist das Rechtsverhältniß von den §§ 16—19 nicht betroffen, — dahin gehören auch die vom G.Schuldner bewirkte Verpachtung oder Vermiethung, ein nicht angetretenes Dienstverhältniß und Dienstverhältnisse anderer Art, als § 19 bezeichnet, Anm. 1 zu § 18, Anm. 1, 2 zu § 19 — so kommen zunächst die reichs- und landesgesetzlichen Vorschriften der in Anm. 1 bezeichneten Art zur Anwendung.

c. Sind solche nicht vorhanden, so ist bei zweiseitigen Verträgen § 15 anwendbar; bei anderen zu erfüllenden Rechtsgeschäften gelten die allgemeinen Vorschriften der K.O. über die Befriedigung von K.Forderungen bez. ihres Geldwerthes, vgl. nachst. Anm. 3.

Die vollständige Erörterung der besonderen reichs- und landesgesetzlichen Bestimmungen ist hier unmöglich. Die Mot. erwähnen insbesondere:

a. die Gesellschaftsverträge. Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, gewöhnliche Kommandit- und stille Gesellschaften werden nach näherer Bestimmung des H.G. Art. 123 Nr. 3, 170, 200, 261 Nr. 3 durch den Konkurs über das Vermögen der (persönlich haftenden und stillen) Gesellschafter bez. Inhaber aufgelöst. Ueber die Auflösung der Aktiengesellschaften (H.G. Art. 242 Nr. 4) und der eingetragenen Gesellschaften (Ges. v. 4. Juli 1868 § 34) durch Konkurs vgl. K.O. §§ 193, 195. Auch gewöhnliche Societäten löst der Konkurs eines socius nach gemeinem und französ. Recht auf. Windscheid § 408 Nr. 3. Nach dem preuß. A.L.R. sind sie zufolge der allgemeinen Bestimmungen wegen veränderter Umstände auflösbar. A.L.R. I. 5 § 378. In der A.G.O. I. 50 § 291 war ausdrücklich bestimmt, daß die K.Eröffnung unter diejenigen veränderten Umstände gehört, welche alle Kontrahenten, sowohl die Gläubiger des G.Schuldners (nach der Konkurstheorie der A.G.O. als dessen Pfandgläubiger an dessen Stelle) als auch die übrigen Gesellschafter desselben berechtigen, die Aufhebung der Societät zu verlangen; daß also § 378 A.L.R. I. 5 anwendbar ist und die Anwendbarkeit dieser an sich allgemeinen Vorschrift für den Konkursfall nicht noch einer richterlichen Erwägung bedarf. Die Vorschrift ist mithin eine besondere für den Konkursfall und ist als materiellrechtliche ungeachtet der formellen allgemeinen Aufhebung des Tit. 50 durch Art. II. Einf.-Ges. zur K.O. v. 8. Mai 1855 („alle der K.O. entgegenstehende Bestimmungen, namentlich Tit. 50 A.G.O." in Verb. mit § 20 P.) mit Recht von Dernburg Bd. 2 § 119 Anm. 4 als fortbestehend erachtet und noch jetzt in Folge des § 20 als geltend anzusehen; v. Völderndorff I. S. 244. A.M. v. Sarwey S. 91. Die Rhederei

wird durch den Konkurs eines Mitrheders nicht aufgelöst, H.G. Art. 472 Abs. 2, 476.

b. Die Vorschrift des H.G. 903, betreffend den Konkurs eines Versicherers für Seeversicherungen, ist aufrecht erhalten. Für sonstige Versicherungen gilt § 15, soweit nicht partikularrechtlich besondere Vorschriften für den Fall der K.Eröffnung gegeben sind. Für das Gebiet des preuß. Landr. kommen für den Konkurs des Versicherers die Sonderbestimmungen des A.L.R. II. 8 §§ 2012—2015 zur Anwendung. Für den Konkurs des Versicherten ist im A.L.R. nichts Besonderes bestimmt; will also der Verwalter nach § 15 fernere Erfüllung, so hat er die weitere Prämie als Masseschuld zu zahlen und die etwanige Vergütungssumme als eine zur K.Masse gehörige Forderung des G.Schuldners, welcher versichert bleibt, geltend zu machen, vgl. R.O.H. 25, 40. Andernfalls ist die Prämie vom Versicherer nur als Konkursforderung zu liquidiren, vgl. § 54 Nr. 3.

c. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Lehrherrn und dem Lehrling wird auch für den Konkurs die Vorschrift des § 128 Abs. 3 Gew.-Ordn. v. 17. Juli 1878 (vgl. früher § 123 Gew.-Ordn. v. 21. Juni 1869) anzuwenden sein: „von Seiten des Lehrlings kann das Lehrverhältniß nach Ablauf der Probezeit aufgelöst werden, wenn der Lehrherr zur Erfüllung der ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtung unfähig wird." Vgl. Mot. 85.

d. Der Besteller eines Werks kann nach preuß. A.L.R. I. 11 § 975 bei einem Konkurse über das Vermögen des Werkmeisters „das in der Masse vorhandene vollendete Werk gegen Zahlung des noch schuldigen Preises fordern." Auch diese Sondervorschrift wird gemäß Anm. 1, 3 ferner gelten müssen, da sie die Erfüllung einer besonderen Vertragsart für den Konkursfall betrifft. Es handelt sich dabei „um ein nahezu persönliches Verhältniß." Prot. 157. Die Abweichung § 15 besteht darin, daß der Besteller Erfüllung verlangen kann und der Verwalter nicht das Wahlrecht hat, nicht zu erfüllen. Ob der Besteller oder der Werkmeister die Materialien geliefert hat, ist für diese Vorschrift gleichgültig, und das Prinzip des § 21 wird nicht verletzt, da § 21 nur anwendbar ist, wenn Nichterfüllung oder Vertragsaufhebung erfolgt (gegen v. Sarwey S. 91, 92). Soweit der Besteller schon vorher auf den Preis bezahlt hat, braucht er auch nicht nochmals zur Masse zu zahlen, selbst wenn er Alles bezahlt hätte; denn er hat nur unter der Voraussetzung, daß er noch den Preis oder einen Theil davon schuldet, zu zahlen. Fällt diese Voraussetzung fort, so fällt damit seine Verpflichtung zur Gegenleistung, nicht aber das Recht auf Herausgabe des Werks; der Verwalter muß erfüllen, wie der G.Schuldner erfüllen müßte (gegen v. Völderndorff I. S. 245, welcher den Besteller zur vollen Zahlung zur Masse verpflichtet hält und für das dem G.Schuldner Bezahlte nur eine K.Forderung zuspricht).

Nach gemeinem Rechte bleibt für die Werkverdingung, sowohl wenn der Werkmeister die Materialien hergiebt, also die Grundsätze vom Kauf anwendbar sind, Windscheid § 401 Nr. 3, als auch bei der eigentlichen Werkverdingung, wenn der Besteller die Waaren liefert, der § 15 anwendbar. Der Besteller bleibt indeß Eigenthümer seines Materials; seiner Vindikation eines noch unvollendeten Werks bez. seinem Antrage auf Aussonderung seiner Materialien kann der Verwalter das Verlangen der Erfüllung, oder wenn nicht erfüllt werden soll, das Retentionsrecht wegen der aufgewendeten Kosten entgegensetzen. Stieglitz S. 112; v. Sarwey S. 91, 92.

Ueber den Konkurs des Bestellers vgl. § 41 Nr. 6.

e. Die Vorschriften des preuß. A.L.R. I. 11 §§ 520, 521, vgl. § 513 über den

Trödelvertrag, weichen von der K.O. (§§ 15, 35, 2, 10) nicht ab. Vgl. v. Sarwey S. 96, 97.

f. Es bleiben ferner bestehen: die Wirkungen des Konkurses auf die ehelichen Güterverhältnisse (Preuß. A.L.R. II. 1 §§ 258, 261 ff., 421);

g. und auf die Rechte des G.Schuldners am Vermögen seiner Kinder (Preuß. A.L.R. II. 2 §§ 206 ff., 268);

h. die Befreiung von der Verpflichtung eines Dritten, dem G.Schuldner ein Darlehnsversprechen zu erfüllen (Preuß. A.L.R. I. 11 §§ 656, 657).

hh. Auch die Vorschrift des Art. 29 W.O. (Ges. v. 27. Mai 1863) über die Verpflichtung des Acceptanten zur Sicherstellung im Falle seines Konkurses bleibt bestehen, begründet indeß an sich und abgesehen von einer Verbindung mit anderen Rechtsgeschäften nur eine Konkursforderung, vgl. Anm. 5 zu § 15.

i. Konkurs des Bevollmächtigten: Nach preuß. Rechte sind die einem „Kaufmann", welcher in Konkurs geräth, gegebenen Aufträge und Agenturgeschäfte in Folge des Konkurses für widerrufen zu erachten, Preuß. A.L.R. I. 13 § 197, R.O.H. 2, 436. Nach dem Code civ. art. 2003 erlischt das Mandat durch den Tod des Bevollmächtigten, ohne Rücksicht auf dessen Kaufmanns- oder sonstigen Stand. Nach gemeinem Rechte erlischt das Mandat durch den Konkurs des Bevollmächtigten bis zum Widerrufe nicht. Die Handlungen eines bevollmächtigten G.Schuldners nach der K.Eröffnung können für seinen Machtgeber nach § 6 ohnehin keine Rechte begründen. Der einem G.Schuldner ertheilte Auftrag berührt für dessen fernere persönliche Thätigkeit für alle Rechtssysteme die K.Masse überhaupt nicht. Vorbem. 2 vor § 15.

Konkurs des Machtgebers: Die von dem G.Schuldner als Machtgeber gegebenen Vollmachten erlöschen nach code civ. art. 2003 ebenfalls. Nach dem preuß. A.L.R. I. 13 § 199 soll der Bevollmächtigte eines Machtgebers, welcher in Konkurs fällt „das Geschäft, soweit es ohne offenbaren Nachtheil der Masse möglich ist, so lange in Anstand lassen, bis er von den Kuratoren weitere Anweisung erhält." Daran schließt sich die bereits in Anm. 2 zu § 6 erwähnte Bestimmung des § 200. Das Mandat erlischt also nicht durch den Konkurs. Strieth. 75, 300. (Dagegen findet Dernburg Bd. II. § 119 Nr. 2 hierin ein Erlöschen der Vollmacht durch den Konkurs.) Nach gemeinem Rechte erlöschen Aufträge und Vollmachten durch den Tod des Machtgebers. Windscheid § 74 Note 2a. Mot. 86. Ueberall ist zu beachten, daß durch den § 20 K.O. nur die Frage betroffen wird, ob zwischen dem G.Schuldner als Machtgeber und seinem Bevollmächtigten das Mandatsverhältniß durch den Konkurs beendigt ist. Davon verschieden ist die Frage, ob die Handlungen des Bevollmächtigten den G.Schuldner, soweit sie die K.Masse betreffen, verpflichten; was nach den §§ 5, 6 verneint werden muß. Vgl. Anm. 2 zu § 6. Anderenfalls würde der Bevollmächtigte gleichberechtigt mit dem Verwalter die Masse verpflichten und verwalten können.

k. Hinsichtlich des Einflusses des Konkurses auf die Verhältnisse des Bürgen zum Hauptschuldner und zu dessen Gläubiger bleiben die bestehenden besonderen Bestimmungen aufrecht erhalten (Code civil art. 2020, 2023, 2026, 2027, 2032. Preuß. A.L.R. I. 14 §§ 248, 300—305, 395. Sächs. G.B. § 1462). Vgl. Anm. 1 zu § 60, Anm. 1 zu § 61. Insofern eine K.Eröffnung überhaupt nur als Bedingung für das Verhältniß anderer Betheiligten unter einander in Frage kommt, wie hinsichtlich der Gewährleistung nach A.L.R. I. 11 §§ 150, 152, 436 oder des Regresses an Vormänner nach Art. 29 W.O., bleiben diese Vorschriften bestehen und sind vom § 20 überhaupt nicht betroffen, da es sich in dieser Beziehung nicht um die Wirkung des Konkurses auf die Erfüllung des G.Schuldners handelt.

l. In Betreff des Code civil art. 2012 vgl. Anm. 4 zu § 21.

m. Ueber den Einfluß der K.Eröffnung auf bürgerliche, politische und Ehrenrechte vgl. Vorbem. 2 vor § 188.

3) Der Charakter der Bestimmungen, welche als besondere im Sinne des § 20 aufrecht erhalten bleiben sollen, ist in Anm. 1 erläutert. Erhalten bleiben nur solche, „welche a. nicht als Bestandtheile des bürgerlichen Rechts die Wirkung der Nichterfüllung im Allgemeinen regeln, sondern lediglich den Fall des Konkurses betreffen (Sondervorschriften für den Konkurs) und" zugleich außerdem „b. die Wirkung der K.Eröffnung auf bestimmte einzelne Rechtsverhältnisse nicht in Anwendung einer allgemeinen Regel über die Wirkung der K.Eröffnung, sondern in Anbetracht der besonderen Natur des speziellen Rechtsverhältnisses eben für dieses regeln (Sondervorschriften für bestimmte Rechtsverhältnisse)." Hagens: Prot. 156, 157; also nur Sondervorschriften für den Konkursfall bei bestimmten Rechtsverhältnissen, welche (Anm. 1 u. 2) eine Vertragserfüllung oder Beendigung bestimmter Rechtsverhältnisse betreffen. Dagegen werden die Vorschriften des materiellen Rechts, welche die noch bevorstehende Erfüllung von gegenseitigen Leistungen (zweiseitigen Verträgen im Sinne des § 15) im Allgemeinen betreffen, unter Beseitigung sonstiger allgemeiner Vorschriften über Konkurswirkungen durch den § 15 modifizirt. Die Erfüllung einseitiger Leistungen (aus einseitigen Verträgen oder aus anderen Rechtsverhältnissen) seitens des G.Schuldners bildet, so weit sie überhaupt in den Kreis der K.Forderungen gehört, den eigentlichen Inhalt der reinen K.Forderung (Anm. zu §§ 2, 10) und unterliegt allen Bestimmungen der K.O. über die Befriedigung von K.Forderungen. Andere allgemeine Vorschriften über Erfüllung oder Konkurseinwirkung haben für die K.Forderungen als Gesetze neben der K.O. nicht Raum. Ebenso gelten für die Erfüllung einseitiger Leistungen an den G.Schuldner, soweit sie zur K.Masse im Sinne des § 1 gehören, nicht mehr die bisherigen allgemeinen von den Vorschriften der K.O. über die K.Masse abweichenden K.Vorschriften. Der Einfluß des Konkurses auf den Erwerb von Erbschaften, Anm. 2 IV zu § 1, wird vom § 20 nicht betroffen, da dieser Erwerb nicht zur „Erfüllung von Rechtsgeschäften" gehört und nur hinsichtlich einer solchen Erfüllung die Wirkung auf Rechtsverhältnisse im § 20 verstanden ist. Vgl. Anm. 1 und Ueberschrift d. Tit. v. Sarwey S. 98.

Unberührt und aufrecht erhalten bleibt dabei natürlich das bürgerliche Recht insoweit, als darnach zu bestimmen ist, welche Rechte Jemand dem G.Schuldner gegenüber zur Zeit der K.Eröffnung, abgesehen von der dann erfolgenden Eröffnung, hat. Die Frage, welche Rechte Jemand zur Zeit der K.Eröffnung hat, ist lediglich nach dem bürgerlichen Rechte zu beantworten; die §§ 15—21 beantworten nur die Frage, ob und wieweit diese Rechte durch den Konkurs verändert werden.

§ 21.[1]

Wenn in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens[2] die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt,[3] so ist der andere Theil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen.[4] Er kann eine Forderung[5] wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.[6]

E. I. 26. P. 21.

1) Der § 21 ist unverändert nach dem Vorschlage des Entw. angenommen und

auch in der R.K. nicht angefochten. Die legislative Begründung, welche die Mot. für den § 21 geben, ist um so wichtiger, als die vom § 21 betroffene Frage der Ansprüche, welche für Nichterfüllung im Konkurse geltend gemacht werden können, durch die K.O. nur fragmentarisch, nicht vollständig und nicht positiv geordnet ist. Die Mot. geben zum Verständnisse der Tragweite des § 21 ein wesentliches Material; indeß ist zu berücksichtigen, daß sie den Zweck hatten, de lege ferenda zu rechtfertigen, weshalb von den verschiedenen bisher geltenden Rechtsgrundsätzen als allgemeine konkursrechtliche Vorschriften die im § 21 enthaltenen (und nur diese) aufgenommen sind. Manche der Lösungen, welche in den Mot. rationell verworfen und ungeeignet erklärt sind, als allgemeine K.Vorschriften aufgestellt zu werden, behalten neben § 21 in beschränktem Umfange als landesgesetzliche Vorschriften eine Geltung. Vgl. Anm. 2.

Die Mot. zum § 21 (S. 86—94) führen aus: Die Frage, was für ein Anspruch an die Stelle der kontraktlichen Leistung tritt, wenn die K.Eröffnung in die Erfüllung des Vertrages hemmend eintritt, ist im § 16 für die dort behandelten Rechtsgeschäfte beantwortet; „die allgemeine, alle übrigen Rechtsverhältnisse umfassende Regel ist hier aufzustellen."

I. Die Begründung ist zunächst für den Fall des § 15 ausgeführt. Unterbleibt dann durch die Wahl des Verwalters die weitere Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages, so verwandelt sich der Anspruch auf die Gegenleistung in eine Geldforderung, K.O. § 62. Die Zurückforderung des vorhandenen Geleisteten aus der Masse mit dem Rechte eines Vindikanten ließe sich nur rechtfertigen, wenn der Vertrag als nicht geschlossen oder als aufgehoben zu betrachten wäre. Indeß nach dem Systeme der K.O. soll dies nicht geschehen und nur die Erfüllungsart geändert werden. Die dadurch bewirkte theilweise Nichterfüllung soll die Auflösung des Vertrages nicht herbeiführen. Auch nach den meisten geltenden Rechtssystemen wird ein Vertrag durch Nichterfüllung nicht rückgängig; so nach gem. Rechte, und im Grundsatze nach preuß. Rechte. Nur das franzöf. Recht läßt alle zweiseitigen Verträge als für den Fall der Nichterfüllung des einen Theils auflösend bedingt gelten; der andere Theil hat dann die Wahl, Erfüllung des Vertrages oder Auflösung nebst Schadenersatz zu fordern, und im letzteren Falle das Gegebene zurückzufordern. Dieser Grundsatz ist jedoch auch im französ. Rechte in der Anwendung schon durchbrochen. „Für das Konkursrecht darf eine solche Theorie nicht zugelassen werden." „Die Umwandlung der Gegenleistung in Geld hebt nicht die Obligation auf, ändert auch nicht den Inhalt, sondern nur den Gegenstand derselben und beruht gerade auf ihrem Fortbestehen." Der Kontrahent hat nur einen Entschädigungsanspruch; das von ihm Geleistete bleibt im Vermögen und in der Masse des G.Schuldners; eine Kondiktion desselben (wie nach P. § 16 und östr. K.O. § 22, vgl. R.O.H. 21, 68) ist ausgeschlossen.

Dadurch, daß die in Folge der K.Eröffnung eingetretene Nichterfüllung kein gesetzlicher Aufhebungsgrund des Vertrages ist, soll jedoch nicht ein Rücktrittsrecht beseitigt sein, welches auf andere Gründe — Vertragsabrede, pactum reservati dominii, clausula cassatoria, Verzug des G.Schuldners vor der Eröffnung oder des Verwalters nach der Eröffnung, falls von ihm Erfüllung begehrt worden — gestützt wird. Vorbehalten bleibt ferner die Vindikation von Objekten, welche nach bürgerlichem Rechte noch nicht in das Eigenthum des G.Schuldners gelangt sind, § 35, oder nach der besonderen Vorschrift des § 36 zurückgefordert werden können.

Dieselben Grundsätze eignen sich auch für die anderen Fälle, in welchen das K.Verfahren die Erfüllung unterbricht.

II. Insbesondere wirken in Pacht-, Mieths- und Dienstverhältnissen die Beschränkungen der §§ 17—19 nicht als Aufhebung des Vertrages selbst, sondern nur als Aufhebung der Dauer. Der durch vorzeitige Aufhebung verletzte Theil kann Entschädigung fordern; nicht wer durch Kündigung oder Verkauf diese Aufhebung und deren Nachtheile selbst herbeiführt; auch nicht der Verwalter, welchem gekündigt ist, da der Grund dafür, die K.Eröffnung, aus den Umständen des G.-Schuldners hervorgeht; wohl aber der andere Theil, wenn ihm der Verwalter kündigt. Die Auffassung der Preuß. K.O., welche für Konkursbeschränkungen bei Pacht- und Miethsverhältnissen ein Recht auf Entschädigung versagt (P. §§ 18, 21; für Gesinde vgl. Goltd. S. 110, jedoch aus R.O.H. 19, 391), „will der Entwurf nicht sanktioniren." „Der Entwurf enthält sich, darüber eine besondere Bestimmung zu treffen. Insoweit das bürgerliche Recht eine Entschädigungsforderung begründet, liegt kein Grund vor, solche für das K.Verfahren auszuschließen oder umgekehrt für dieses eine solche da zu gewähren, wo die Gesetze außerhalb des Konkurses eine Entschädigungsforderung nicht zulassen würden."

III. Von den vom § 20 betroffenen zweiseitigen Verträgen gilt dasselbe, wie von Mieth- und Pacht-Verträgen (die §§ 14, 44 sind hierdurch nicht berührt). Die Bestimmung des preuß. A.L.R. I. 11 § 977, wonach der Besteller eines Werks aus dem Konkurse des Werkmeisters die Materialien herausnehmen darf, welche dieser mit des Bestellers Vorschüssen beschafft hat, widerspricht den obigen Grundsätzen und dem Tit. 4 und ist nicht aufrecht zu erhalten.

IV. Für zweiseitige Verträge, deren Erfüllung nur an den G.Schuldner persönlich geleistet werden kann, ist im Konkurse, abgesehen von Eigenthumsansprüchen, nur eine Schadensersatzforderung zu liquidiren; und

V. die Nichterfüllung von einseitigen Verträgen begründet recht eigentlich den Fall einer K.Forderung. Da auch in den übrigen Fällen Wirksamkeit und Inhalt des obligatorischen Rechtsverhältnisses trotz Nichterfüllung bestehen bleibt und durch die Nichterfüllung sich in einen Entschädigungsanspruch auflöst, „so bildet ohne Unterschied der Fälle dieser Anspruch das Surrogat der kontraktlichen Rechte, wie sie zur Zeit der K.Eröffnung bestanden." „Die Beurtheilung der Höhe des Schadensanspruchs muß aus der Natur des einzelnen Falles und den Regeln des bürgerlichen Rechts geschöpft werden. Eine allgemeine Regel aufzustellen ist hier weder möglich noch statthaft." So weit die Mot. 86—94.

2) Es kann hier nicht Aufgabe sein, de lege ferenda zu kritisiren. Dagegen ist es nöthig, das auch in den ausführlichen Motiven nicht vollständig hervorgehobene Verhältniß des § 21 zur Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts sowie zu den §§ 15—20, 35—39 aufzuklären, um für die Tragweite und für die Konsequenzen sowohl des § 21, als auch der §§ 15—20, 35—39 das volle Verständniß zu gewinnen. Festzuhalten ist, daß § 21 alle Rechtsverhältnisse ohne Ausnahme betrifft. Auch die vom § 20 ausgeschlossenen §§ 16—19 sind für die Anwendung des § 21 nicht ausgeschlossen, und nicht blos Verträge (Mot. 63), sondern alle „Verbindlichkeiten" und „Rechtsverhältnisse" unterliegen dem § 21 nach dessen Wortlaute. Vgl. auch die Konstatirung der R.K. in Anm. 1 zu § 20.

I. Der Frage nach der Anwendbarkeit des § 21 muß zunächst die Feststellung vorausgehen, welche Rechte der Gläubiger zur Zeit der K.Eröffnung ohne Rücksicht auf den Konkurs haben würde. Diese Frage ist lediglich nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Anm. 3 zu § 20. Kann danach der Gläubiger ein Objekt aus der Masse als sein (des Gläubigers) Eigenthum vindiziren, so kann diesem gemäß § 35 zu erhebenden Anspruche der erste Satz des § 21 nicht entgegengesetzt werden. Das Objekt ist nicht in das Eigenthum des G.Schuldners überge-

gangen —; liegt jedoch ein zweiseitiger, von jedem der beiden Theile noch nicht vollständig erfüllter Vertrag im Sinne des § 15 vor, so kann der Verwalter gemäß § 15 erfüllen bez. Erfüllung verlangen und demgemäß die Leistung behalten. Will er dies nicht, so muß er das vindizirte Objekt herausgeben.

II. Hinsichtlich der Rechte, welche der Gläubiger zur Zeit der K.Eröffnung an sich und ohne Rücksicht auf den Konkurs hat, ist dann ferner gemäß §§ 15—20 unter Berücksichtigung des bürgerlichen Rechts, soweit dies nach den §§ 15—20 anwendbar ist, zu bestimmen, in wie weit die Rechte des Gläubigers durch die Wirkung der K.Eröffnung modifizirt werden. Desgleichen ist nach den allgemeinen Vorschriften und Grundsätzen der K.O. festzustellen, ob deshalb, weil mit der Zahlungsunfähigkeit eine Vollbefriedigung aller K.Gläubiger unmöglich geworden ist, der Anspruch des Gläubigers sich in einem Geldanspruch umwandelt, §§ 2, 62, Anm. 1 zu § 21 IV. V. Wenn in Folge dieser Bestimmungen, entweder der allgemeinen Wirkung der K.Eröffnung auf K.Forderungen oder der besonderen Vorschriften der §§ 15—20 kraft Gesetzes bez. zufolge der Bestimmung der Gläubiger oder Dritter (§ 20) oder auf Veranlassung des Wahlrechts des Verwalters (§ 15) bez. einer vorzeitigen Aufhebung von Pacht-, Mieths- und Dienstverträgen (§§ 17 — 19) eine gänzliche oder theilweise Nichterfüllung oder Aufhebung des Verhältnisses eintritt, so finden die beiden Sätze des § 21 Anwendung.

III. Was der Gläubiger, sofern die Voraussetzungen des § 21 vorliegen, fordern kann, ob Rückgewähr oder eine Entschädigung, und ob er überhaupt einen Anspruch hat, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte und zwar nach dessen allgemeinen und besonderen Grundsätzen über Nichterfüllung von Verbindlichkeiten überhaupt und von der in Frage stehenden im Besonderen. Der Konkurseröffnung selbst und der Nichterfüllung in Folge derselben ist nicht die konkursrechtliche Wirkung einer Aufhebung des Vertrags beigelegt. Der Gläubiger bekommt durch die K.Eröffnung und die damit zusammenhängende Nichterfüllung kein Rücktritts- oder Aufhebungsrecht, soweit er ein solches nicht nach dem bürgerlichen Rechte in Folge der Nichterfüllung ohne K.Eröffnung hat. Er hat und behält immer seine Forderung aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse; also der Käufer, welcher den Preis bezahlt hat, die Forderung auf den Geldwerth der gekauften Waare, — nicht eine Kondiktion auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises — und der Verkäufer, welcher die verkaufte Waare geliefert hat, die Forderung auf den Kaufpreis, — nicht auf den Werth der Waare. Wo indeß nach dem bürgerlichen Rechte die Nichterfüllung ein Aufhebungsgrund ist, bleibt sie dies auch dann, wenn die Nichterfüllung Folge der K.Eröffnung ist und das Rücktrittsrecht ist, soweit es nach dem bürgerlichen Recht Folge der Nichterfüllung ist, nicht beseitigt. Ueberhaupt ist in der K.O. nicht positiv darüber bestimmt, daß und was der Gläubiger in Folge der Nichterfüllung zu fordern haben soll; sondern lediglich negativ, daß — unter der Voraussetzung, ihm stehe eine Forderung zu — er keinenfalls eine Rückgewähr oder „eine Forderung" als Massegläubiger (Vindikant) beanspruchen kann, sondern nur als K.Gläubiger. In §§ 15, 18 Abs. 2 ist über die Folgen einer Nichterfüllung nichts bestimmt; in den §§ 17 Nr. 1 und 19 sind keine Vorschriften über die Einwirkung der gesetzlichen Beschränkungen auf einen Entschädigungsanspruch des Gläubigers enthalten; in §§ 17 Abs. 2, 20 ist auf das bürgerliche Recht Bezug genommen; für den Fall des § 18 Abs. 1 ist die Entschädigung ausgeschlossen und nur für den Fall des § 16 ist die Entschädigungsfrage durch den § 16 selbst positiv entschieden. Während also im Uebrigen die §§ 15, 17—19 keine dis-

positive Bestimmung über die Folgen treffen, läßt der § 21 „eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung" zu, unter der Voraussetzung, daß eine solche begründet ist, und unter der allgemeinen Modifikation ihrer Geltendmachung nach ihrem Schätzungswerthe (§§ 2, 62). Hat der Gläubiger nach Civilrecht eine Rückgewähr zu fordern, so bestimmt sich hiernach das Maß der Geldforderung, in welche sich seine Forderung auflöst, soweit er nicht sein Eigenthum vindizirt. (Im E. I. [§ 26] war statt der jetzigen Fassung des § 21: „eine Forderung" gesetzt worden: „seine Forderung".) Die Beschränkung der P. §§ 18, 21, daß für die frühere Aufhebung von Pacht- und Miethsverträgen keine Entschädigung verlangt werden dürfe (vgl. Anm. 1 zu § 21 II.), ist als konkursrechtliche Vorschrift durch § 4 E.G. aufgehoben.

3) Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 21 ist, daß es sich

a. um einen Anspruch gegen den G.Schuldner wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit desselben oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses desselben handelt, und

b. daß die Nichterfüllung oder Aufhebung Folge der K.Eröffnung ist, entweder Folge der allgemeinen Wirkungen, welche der Konkurs für alle K.Forderungen hat, oder Folge der besonderen Bestimmungen der §§ 15—20.

Zu a. Von den Verbindlichkeiten und Rechtsverhältnissen ist keine Kategorie ausgeschlossen, welche überhaupt einen im Konkurse geltend zu machenden Anspruch möglich macht. Anm. 2 Anf. Die Nichterfüllung oder Aufhebung mag eine gänzliche oder theilweise sein. Insbesondere ist die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 21 sowohl dann vorhanden, wenn das gesammte Rechtsverhältniß sofort aufgelöst wird, wie z. B. Handelsgesellschaften bez. Anm. 2 a., c., i. zu § 20; als auch, wenn dasselbe nur hinsichtlich der Zeitdauer beseitigt wird, wie nach §§ 17—19.

Zu b. Ob die Nichterfüllung oder Aufhebung eine unmittelbare Folge der K.Eröffnung ipsa lege ist, Anm. 2a und i zu § 20, oder eine Folge der durch die K.Eröffnung für alle Gläubiger bez. bis zur Vertheilung unterbrochenen Zahlungsleistung oder eine Folge der nach den Konkursvorschriften, insbesondere §§ 15 bis 20 zulässigen Handlungen oder Erklärungen des Verwalters oder des Gläubigers, begründet keinen Unterschied. Vgl. Anm. 2 II. In allen diesen Fällen gilt die Nichterfüllung bez. Aufhebung als Folge der K.Eröffnung im Sinne des § 21. Ebenso begründet es keinen Unterschied, welcher Anspruch durch die Nichterfüllung oder Aufhebung vertragsmäßig oder gesetzlich begründet und von den Wirkungen (Anm. 4 und 5) betroffen wird. Wenn schon vor der K.Eröffnung oder als Folge der Nichterfüllung ohne Rücksicht auf den Konkurs der Gläubiger gemäß vertragsmäßiger oder gesetzlicher Bestimmung ein Rücktrittsrecht hat (vgl. Anm. 1 I. am Schlusse), so werden die Rechte des Gläubigers durch dies Rücktrittsrecht, wenn es ausgeübt wird, bestimmt; es kann sich dabei nur fragen, ob die hiernach begründeten Rechte des Gläubigers der Umwandlung des Anspruchs auf eine Sache oder eine Handlung in einen Geldanspruch gegenüber der K.Masse unterliegen. Hat der Gläubiger nach der Sachlage ein Objekt als sein Eigenthum zu beanspruchen, und hat er hierauf schon vor der K.Eröffnung ein begründetes Recht, so bleibt sein Aussonderungsrecht gemäß § 35 durch den § 21 unberührt. Kann er erst in Folge der mit dem Konkurse eintretenden Nichterfüllung zurücktretend Rückgewähr fordern, so verwandelt sich sein Anspruch nach Satz 2 (Anm. 5) in einen Geldanspruch.

4) Satz 1. Wirkung der Nichterfüllung oder Aufhebung hinsichtlich der an den G.Schuldner vor der K.Eröffnung gemachten Leistung: „der andere Theil ist nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigenthum des G.Schuldners übergegangenen Leistung aus der K.Masse zu verlangen." Die Vorschrift versagt nur negativ das Recht, für die (mit Rücksicht auf die Verbindlichkeiten des G.Schuldners bez. auf das aufgehobene Rechtsverhältniß) vom anderen Theile gemachte Leistung — soll heißen: das

Geleistete —, welche in das Eigenthum des G.Schuldners übergegangen ist, im Falle des § 21 die Rückgabe in natura oder dem Werthe nach aus der Masse als Masseschuld zu fordern; nicht das Recht des „andern Theils", deren Werth als K.Forderung erstattet zu fordern, sofern er überhaupt gesetzlich oder vertragsmäßig das Geleistete zurückfordern darf. Denn ohne ein solches Rückforderungsrecht kann er auch als Konkursgläubiger nicht den Werth des Geleisteten, sondern nur den Werth der Gegenleistung fordern. Anm. 2 III. Massegläubiger kann er wegen des folgenden Satzes 2 (Anm. 5) auch dann nicht sein, wenn das Geleistete noch nicht in das Eigenthum des G.Schuldners übergegangen ist, und wenn er gesetzlich oder vertragsmäßig als Folge der Konkurs-Nichterfüllung nicht blos ein Recht auf die Gegenleistung, sondern auf Rückgewähr des Geleisteten hat. Zufolge der Voraussetzungen des § 21, Anm. 3, ist er selbst dann nicht Massegläubiger, wenn die Nichterfüllung oder Aufhebung auf einer Erklärung oder Handlung des Verwalters beruht (abweichend von § 52 Nr. 1) oder wenn eine Bereicherung der Masse vorliegt. In Gemäßheit des dem § 21 zu Grunde liegenden Prinzips soll selbst in einer Bereicherung der Masse kein Grund gefunden werden, dem Gläubiger für die Nichterfüllung einen Masseanspruch zu bewilligen, wenn die Nichterfüllung Folge der K.Eröffnung ist. Der Grundsatz, daß durch den Konkurs durch Nichterfüllung überhaupt nicht ein Rücktrittsrecht, sondern nur ein Anspruch auf Entschädigung begründet wird, entspricht dem gemeinen wie dem sächsischen Rechte (B.G.B. § 864); auch dem preußischen A.L.R. I. 5 §§ 270 ff. bis auf einzelne Ausnahmen, §§ 408 ff., 393 ff.; und widerspricht nur dem französ. Recht. Der entgegengesetzte Grundsatz der P. § 16 Abs. 3, daß, wenn die Gläubigerschaft in ein unerfülltes zweiseitiges Geschäft nicht eintritt, dem Mitkontrahenten das von ihm Geleistete, sofern es in der K.Masse noch vorhanden ist, zurückgegeben werden muß, ist hiernach beseitigt.

Wann ein Uebergang in das Eigenthum stattgefunden hat, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte. Anm. 2 I. Sofern dasselbe für den mittelbaren Eigenthumserwerb außer dem Vertrage (Titel) das Hinzutreten der Uebergabe erfordert, wie nach gem. und preuß. Rechte, A.L.R. I. 10 § 1, ist diese entscheidend. Sofern schon durch den Vertragswillen auch ohne Tradition das Eigenthum übergeht, wie nach franz. Recht, bleibt dem Leistenden auch, wenn er den Besitz behält, das Eigenthum nicht vorbehalten und hat er also nach § 21 nur eine Geldforderung, kann jedoch alsdann die Rückgabe verlangen, wenn er die Einrede aus dem Vertrage replicirend durch Nullität des Vertrages beseitigen kann. Petersen S. 110, 111.

Kontrovers wurde das Verhältniß des Code civ. art. 2102 Nr. 4 zum § 21. Nach art. 2102 hat der Verkäufer das Recht, verkaufte und nicht bezahlte bewegliche Sachen binnen acht Tagen nach der Ablieferung zu vindiziren, wenn der Preis nicht kreditirt war. Im französ. Fallimentsges. von 1838 Art. 550 (vgl. Einl. § 1) ist diese Bestimmung für das K.Verfahren außer Kraft gesetzt, desgleichen in der belgischen Gesetzgebung (1851 Art. 546). Sie ist nicht eine Sondervorschrift, weder für den Konkursfall, noch für die Erfüllung eines Kaufs, sondern eine Folge der allgemeinen Regel des C. c. art. 1184 (vgl. Anm. 1 zu § 15), daß zweiseitige Verträge als für den Fall der Nichterfüllung des einen Theils auflösend bedingt gelten. Die Vorschrift gehört also nicht zu den nach § 20 aufrecht erhaltenen Sondervorschriften, Anm. 1, 3 zu § 20. Sie gehört aber dem bürgerlichen Rechte an, welches über die Qualität desjenigen Anspruchs bestimmt, welchen der Gläubiger zur Zeit der K.Eröffnung hat. Anm. 2 zu I., II. Die Bedeutung und Wirkung der Vorschrift ist bestritten, und es ist hier nicht der Ort, die richtige Ansicht zu ermitteln, was auch die Mot. 88, 89, 163, 468, 469 dahin gestellt sein lassen. (Ebenso im Prot. 154, 155, 157, 158.) Einerseits, indeß nur noch vereinzelt, wird angenommen, die Vorschrift bedeute: daß die Eigenthumsübertragung auf den Käufer gesetzlich eine resolutiv bedingte ist, bedingt durch die Voraussetzung, daß

nicht binnen acht Tagen zurückgefordert wird. Ist dies richtig, so würde der G.Schuldner als Käufer noch nicht das Eigenthum erlangt haben; der Gläubiger kann auch der Masse gegenüber vindiziren (§ 35), der § 21 findet nicht Anwendung; es ist jedoch der § 15 anwendbar; dessen Bedingungen liegen vor; es ist beiderseits zur Zeit der K.Eröffnung noch nicht vollständig erfüllt, zumal wenn die nur bedingte Erfüllung des Gläubigers durch seine Vindikation aufgehoben werden soll, und der Verwalter kann also nach § 15 die Erfüllung wählen. Als herrschende Ansicht gilt indeß, daß die Ablieferung sofort das Eigenthum (also hier an den kaufenden G.Schuldner) überträgt und der Gläubiger nur ein obligatorisches Recht zur Zurückforderung hat. Vgl. Petersen S. 114, 115; Hullmann S. 120. Wird diese Auffassung als begründet anerkannt, so ist § 15 nicht anwendbar, wenn der Gläubiger durch die Ablieferung seinerseits vollständig erfüllt hat; auch § 35 ist nicht anwendbar, da das Objekt dem G.Schuldner gehört; der obligatorische Anspruch des Gläubigers auf Gewährung der übergebenen Sache verwandelt sich zufolge der allgemeinen Konkurswirkung in einen Anspruch auf den Schätzungswerth (§ 62), und kann gemäß § 21 nicht als Masseanspruch auf Rückgabe des Objekts selbst, sondern nur als K.Forderung auf Gewährung des Schätzungswerths geltend gemacht werden. Vgl. Mot. 88, 89, 163, 468, 469. Prot. 154—158.

5) Wirkung der Nichterfüllung oder Aufhebung auf den Anspruch des anderen Theils. Der andere Theil „kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.“ Er ist (außer wenn er schon vor der K.Eröffnung bez. zur Zeit derselben ohne Rücksicht auf die K.Nichterfüllung ein Aussonderungsrecht hatte, Anm. 3, 4) keinenfalls Massegläubiger, auch nicht, wenn die Nichterfüllung bez. Aufhebung auf Handlungen des Verwalters, Kündigung, Erfüllungsweigerung beruht. Anm. 4. Welche Forderung der Gläubiger geltend machen kann, ist positiv nur für den Fall des § 16 Abs. 2 selbst bestimmt; für diesen Fall hat § 21 nur die Bedeutung, daß die Forderung aus § 16 Abs. 2 auch nur als K.Forderung geltend gemacht werden kann. Mot. 86, 93. Im Uebrigen entscheidet das bürgerliche Recht. Anm. 2 zu III.

Sofern über den Umfang der Entschädigung durch das bürgerliche Recht nichts Besonderes bestimmt ist (wie Code civ. art. 1744—1747; vgl. §§ 132, 133 Gew.-Ordn. v. 17. Juli 1878, früher § 123 Gew.-O. v. 21. Juni 1869), ist hinsichtlich der Art des zu erstattenden Schadens zu berücksichtigen, daß der Grund der Konkurs-Nichterfüllung in der Person des G.Schuldners liegt. Für die Frage, ob und in welcher Höhe Schaden entstanden bez. ein Interesse begründet ist, ist das prozeßrichterliche Ermessen entscheidend. C.P.O. § 260. Im Gebiete des preuß. A.L.R. ist für Verträge, soweit nicht für einzelne Vertragsarten besondere Vorschriften gegeben sind (vgl. Gesinde-Ordn. §§ 107, 108 und Anm. 8 zu § 17), im Allgemeinen die schon in der P. § 21 und A.G.O. I. 50 § 291 angenommene Regel zutreffend, daß die gänzliche bez. theilweise Nichterfüllung auf Veränderung der Umstände in der Person des G.Schuldners beruhe und dem andern Theile nach A.L.R. I. 5 § 381, I. 6 § 7 der gesammte Schaden nebst dem entgangenen Gewinn vollständig zu entschädigen sei. Mot. 94. Auch für andere Rechtsverhältnisse ist im Allgemeinen Mangel an Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (H.G. Art. 282) bez. grobes Versehen des G.Schuldners (A.L.R. I. 3 § 18, I. 5 § 285 anzunehmen, soweit die Höhe des Schadensersatzes von dem Maße der Verschuldung abhängt. Dernburg Bd. II. § 122 Nr. 1. Bei Handelsgeschäften ist der wirkliche Schaden und der entgangene Gewinn zu erstatten, H.G. Art. 283 (vgl. R.O.H. 16, 42). Sofern besondere Vorschriften bestehen, bleiben sie maßgebend, H.G. Art. 354 ff.

Insoweit Pacht-, Mieth- und Dienstverträge gemäß §§ 17—19 nach der K.Eröffnung fortgesetzt werden, sind die Beträge an Pacht-, Miethszins und Lohn für die

Zeit nach der K.Eröffnung gemäß § 52 Nr. 2 Masseschulden. Dagegen sind die Entschädigungen für vorzeitige Aufhebung des Verhältnisses, die Rückforderung einer Pachtkaution aus dem Konkurse des Verpächters und die Entschädigungsforderung des Verpächters für Deteriorationen und Inventardefekte im Konkurse des Pächters nicht „für die Zeit" nach der K.Eröffnung zu gewähren, wenngleich sie erst in der Zeit nach der K.Eröffnung fällig und bis dahin bedingte bez. betagte sind. §§ 58, 60. Sie sind Forderungen für (theilweise) Nichterfüllung bez. K.Forderungen, vgl. Entsch. 40, 149, Strieth. 86, 107; 71, 329. Vgl. Anm. 6 zu § 41 und Anm. 4 zu § 52. Begrifflich gehören alle diese Forderungen für Nichterfüllung oder Aufhebung zu den schon zur Zeit der K.Eröffnung bestehenden, wenngleich alsdann noch nicht in quali et quanto feststehenden K.Forderungen. Anm. Nr. 3 zu § 2. Ueber die Erfüllung von Verträgen nach § 15 seitens des Verwalters als Masseschuld vgl. § 52 Nr. 2.

6) Wegen der Rechte auf abgesonderte Befriedigung vgl. §§ 39—45 und Anm. 4 zu § 17. Insbesondere zu §§ 17, 18 vgl. § 41 Nr. 2, 3, 4.

Dritter Titel.

Anfechtung.

---

1) Die Anfechtbarkeit der Handlungen des G.Schuldners aus der Zeit vor der K.Eröffnung ist ebenso wie die Beschränkung seiner Verfügungsbefugniß und der Wirkungen seiner Handlungen nach der K.Eröffnung, §§ 5, 6, ein auf Grund der Erfahrung nothwendiges Schutzmittel, um den K.Anspruch der Gläubiger auf ihre gemeinschaftliche Befriedigung gegen verletzende Verminderungen der Befriedigungsmasse zu sichern und die Verletzungen, wenn erfolgt, in ihren Wirkungen zu beseitigen. Die Stellung der Rechtssysteme zu diesem Ziele war eine sehr verschiedene. Nach römischem Rechte begründete die missio in bona nur die par conditio unter den Gläubigern, ohne auf die Verbindlichkeit der Verfügungen des Kridars einzuwirken. Die Praxis des späteren gemeinen Rechts entzog dem G.Schuldner mit der K.Eröffnung die Verfügungsfähigkeit. Dem entsprechend sind nach §§ 5 ff. dessen Rechtshandlungen aus der Zeit nach der K.Eröffnung den K.Gläubigern gegenüber nichtig. Hinsichtlich der Handlungen vor der K.Eröffnung war nur mit der actio Pauliana, als einem Restitutionsmittel ex capite doli, die Anfechtung betrüglicher Veräußerungen gegen den Schuldner und gegen den am Betruge Theil nehmenden Erwerber zulässig. Vgl. über das römische Recht — actio Pauliana, interd. fraudatorium, in factum actio — und das gemeine Recht: Windscheid § 463; Civil.Arch. Bd. 62, S. 468—495; Otto Anf. v. Rechtsh. S. 1—17; v. Sarwey S. 104—110; Schultze deutsch. Konkursr. S. 66, 67; R.O.H. 25, 103. — Nach dem Code de comm. art. 437 ff. und nach der früheren englischen Gesetzgebung wurden dagegen schon alle von der thatsächlichen Zahlungseinstellung ab erfolgten Verfügungen unbedingt nichtig erklärt, ohne Rücksicht auf die Kenntniß und den guten Glauben Dritter. Zwischen diese extremen Systeme stellen sich das zur Reform des Code erlassene französische Fallimentgesetz vom 28. Mai 1838 Art. 443 ff., welches hierin auch der P. zu Grunde liegt, sowie die neuere englische Gesetzgebung. Sie erklären die unbedingte Nichtigkeit erst für die Handlungen nach der K.Eröffnung, gestatten aber die Anfechtung der nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Rechtshandlungen des G.Schuldners, wenn der andere Theil von der erfolgten Zahlungseinstellung Kenntniß hatte. Mot. 97 ff. Dernburg Bd. II. § 127.

Die K.O. folgt dem letzteren vermittelnden Systeme. Sie bestimmt die Zahlungsunfähigkeit als Grund und Voraussetzung der K.Eröffnung, und bezeichnet die Zahlungs-

einstellung als ein hauptsächliches Zeichen der Zahlungsunfähigkeit, § 94. Die Mot. begründen das Anfechtungsrecht durch den Konkursanspruch der Gläubiger auf gemeinsame Verwendung der K.Masse (Vorb. 1 vor § 1) und durch die Pflicht der einzelnen Gläubiger sowie des G.Schuldners, diesen Konkursanspruch nicht zu verletzen. „Von dem Augenblicke an, wo der Rechtsanspruch der Gläubiger besteht, darf der Schuldner nicht mehr frei schalten und walten; er muß sich so zu sagen als Verwalter seines Guts betrachten. So will es die Konsequenz des Rechts und so verlangt es das Bedürfniß." Der Konkursanspruch besteht mit der Zahlungsunfähigkeit und giebt sich thatsächlich durch die Zahlungseinstellung und — die demnächst erfolgte Einleitung des Verfahrens vorausgesetzt, — durch den Antrag des G.Schuldners oder eines Gläubigers auf K.Eröffnung kund. Der Eröffnungsantrag ist daher der Zahlungseinstellung hinsichtlich der Anfechtbarkeit gleichgestellt, und unter der Voraussetzung, daß dem andern Theile die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war, sind im § 23 alle von dann ab trotz Kenntniß derselben vorgenommenen Rechtshandlungen für anfechtbar erklärt. Dieser Anfechtungsgrund ist deshalb als der allgemeinste vorangestellt. Prot. 19, 20. Der andere Theil gilt dabei in Folge dieser Kenntniß als in bewußter Verletzung des K.Anspruchs begriffen (mala fides). Anm. 2 zu § 30. Hinsichtlich der Verfügungen des G.Schuldners in einer noch früheren Zeit seiner unbedingten Verfügungsfreiheit ist Betrug, § 24, oder Freigebigkeit der Verfügung, § 25, zur Begründung eines Anfechtungsrechts verlangt. Anfechtbar sind deshalb unrechtliche und unentgeltliche Verringerungen der Masse.

Das Anfechtungsrecht hinsichtlich der ersteren (§§ 23, 24) beruht folgerecht auf dem Delikt der bewußten Verletzung des Konkursanspruchs, (vgl. Anm. 4 zu § 23, Anm. 2 zu § 30. Mandry S. 375. A.M. Dernburg II. § 131 Nr. 1); hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen (§ 25) auf einer Bereicherung des Gegners, welche wegen Verkürzung des Konkursanspruchs rechtlos ist. Otto Anfecht. v. Rechtsh. S. 20—24 polemisirt gegen diese in den Mot. entwickelte, auch von Schultze (deutsch. Konkursordn. in s. jurist. Grundl.) angenommenen Begründung des Anfechtungsrechts durch den Konkursanspruch. Der letztere sei durch die wesentliche Formbedingung der K.Eröffnung bedingt, könne deshalb nicht schon vor derselben bestanden haben und ohne eine nicht beabsichtigte Fiktion nicht auf einen früheren Zeitpunkt zurückdatirt werden; vgl. auch Mandry S. 381 Anm. 14. Indeß die Vorschriften der K.O. sind in der That in bewußter Absicht dem Zwecke der Sicherung des in den Mot. bezeichneten Konkursanspruchs unterstellt und mit Rücksicht auf diesen Zweck im Einzelnen, insbesondere auch hinsichtlich der obenbezeichneten Zeitmomente im § 23 in Verbindung mit § 30 durchgeführt. Die K.Eröffnung schafft auch nicht erst den Zustand der Zahlungsunfähigkeit, sondern sie ist nur eine Entscheidung, welche ihn als vorhanden feststellt und dabei nicht zugleich bestimmt, ob und wann er schon vorher vorhanden war. Für die Anfechtungsansprüche sind dagegen in den §§ 23 ff. gerade die oben hervorgehobenen Zeitmomente vor der K.Eröffnung entscheidend. Sie haben auch in sich ihren rationellen Grund. Die Begründung der Motive ist daher nicht abzulehnen.

In Verbindung mit dem Reichsgesetze v. 21. Juli 1879 betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, hinsichtlich welcher natürlich von der Verletzung eines Konkursanspruchs nicht die Rede sein kann, führt jene Begründung in ihrem letzten Grunde zu einer für beiderlei Anfechtungen gemeinsameren Grundlage. Diese ist der Zweck des Schutzes des Gläubigers gegen Verletzungen seines Befriedigungsrechts. Der Anspruch des Gläubigers bleibt seinem rechtlichen Grunde nach derselbe im Konkursanspruche, wie ohne K.Eröffnung; der Gläubiger kann in beiden Fällen nur sein Befriedigungsrecht verfolgen, und zwar im K.Anspruche mit den durch die K.Vorschriften gebotenen Modifikationen und Einschränkungen. Wie

das Konkursanfechtungsrecht zur Sicherung des K.Anspruchs, so ist das Anfechtungsrecht außerhalb des Konkurses dem einzelnen Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel hat, (oder bekommen kann, § 5) zur Sicherung seines Rechts auf Zwangsbefriedigung gegen Verletzungen dieses Anspruchs gegeben. Vgl. Hartmann Anf. S. 3, 5 bis 7. Die Rechtsnatur des Anfechtungsrechts beruht allerdings auch hier auf der Deliktsschuld der bewußten Verletzung des Gläubigerrechts hinsichtlich der entgeltlichen Verfügungen, § 3 Nr. 1, 2, und auf der durch unentgeltliche Verfügung bewirkten Bereicherung des Gegners, welche wegen der Verkürzung des Gläubigerrechts unberechtigt ist. § 3 Nr. 3, 4. Vgl. Otto Anf. S. 228—231 gegen Hartmann S. 5—7, welcher (auf Grund der Entsch. 73, 125; 77, 198; R.O.H. 25, 33, das preuß. Anf.-Ges. v. 9. Mai 1855 betreffend) nur den Zweck berücksichtigend die Deliktsnatur bestreitet, aber übersieht, daß dem Zwecke nur die auf unredlichen (oder unentgeltlichen) Verfügungen gegründeten Rechtsbehelfe dienen sollen. Dernburg II. 132 Nr. 3.

Hinsichtlich der Zeit der Zahlungsunfähigkeit genügt für die Konkursanfechtung die Voraussetzung, daß der Schuldner jetzt zahlungsunfähig ist, was durch die K.Eröffnung dokumentirt ist. Die Rechtshandlung kann nicht blos dann angefochten werden, wenn das Vermögen des Schuldners schon zur Zeit der Handlung zur Berichtigung aller Schulden unzureichend gewesen oder dadurch geworden ist. Ein solcher Nachweis ist nicht nöthig. Nicht die Handlung selbst, und auch nicht die Insuffizienz, sondern erst die Nichtbefriedigung bewirkt die Verletzung des K.Anspruchs; aber diese kann mittelbar auf die das Vermögen vermindernden Handlungen zurückgeführt werden. Ein an den Nachweis derzeitiger Insuffizienz geknüpftes Anfechtungsrecht würde auch praktisch für den erstrebten Schutz keinen Werth haben. Ebenso nach französ., bayr., preuß. und englischer Gesetzgebung. Mot. 108, 109, 135. Vgl. Otto S. 91 ff., 96. Hinsichtlich der Voraussetzung und Art der Vermögensminderung vgl. Anm. 3 zu § 24 u. Anm. 4 zu § 24.

Der Zweck, die Befriedigungsmasse gegen die bezeichneten Verletzungen zu sichern, soll dadurch erreicht werden, daß durch die Unwirksamkeit verletzender Rechtshandlungen negativ Angriffe, welche auf Grund derselben gegen die Masse versucht würden, beseitigt werden und positiv zur Masse die ihr entzogenen Befriedigungsmittel von demjenigen zurückgegeben werden, der durch unredlichen oder unentgeltlichen Erwerb die Befriedigungsmasse verringert hatte. Redliche Erwerbungen gegen Entgelt sind der Anfechtung nicht ausgesetzt. Indeß wird von Verwandten des G.Schuldners zur Vermeidung von Verwandten-Begünstigung und zur Beseitigung natürlichen Verdachts der Beweis ihres redlichen Erwerbs verlangt und nicht für, sondern gegen ihre Redlichkeit vermuthet.

Das Organ, welchem das Anfechtungsmittel allein zur Verfügung gestellt wird, ist der Verwalter, welcher allein an Stelle des G.Schuldners als dessen gesetzlicher Vertreter dessen K.Masse zu verwalten und die Masse deshalb auch angriffs- und vertheidigungsweise für ihren Zweck zur gemeinsamen Vertheilung unter die K.Gläubiger zu schützen hat, auch wenn dieser Schutz zum persönlichen Nachtheile des G.Schuldners ausschlägt und wenngleich der Verwalter, um den G.Schuldner so, wie dieser gesetzmäßig hätte handeln sollen, zu vertreten, die vom G.Schuldner selbst ausgehenden Rechtsverletzungen als gegen die seinem Schutze unterstellte Masse unwirksam angreifen muß. Ueber die Rechtsstellung des Verwalters, wonach er auch hinsichtlich der Anfechtungen Vertreter des G.Schuldners und nicht der Gläubiger ist, wenngleich er hier, wie bei vielen anderen Akten der Verwaltung, auf Grund der Rechte der Gläubiger thätig ist, vgl. Vorbem. 2 vor § 1 und Anm. zu § 29.

Außer den Fällen der §§ 23—24 sind noch in den §§ 42, 48 Nr. 3, 49 Verletzungen des K.Anspruchs seitens der K.Gläubiger in besonderen Fällen verfolgbar erklärt.

Neben den Anfechtungsrechten, welche die K.O. gewährt, sind landesgesetzliche Bestimmungen über eine Anfechtung im Konkurse, d. h. hinsichtlich der Rechtshandlungen eines im Konkurse befindlichen G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse nicht aufrecht erhalten, sondern durch die K.O. beseitigt. Prot. 20. Die Konkursanfechtung ist anwendbar ohne Rücksicht darauf, ob der Gegner ein K.Gläubiger oder ein Absonderungsberechtigter oder gar kein Gläubiger des G.Schuldners ist. — Ueber die Anfechtungen von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens bestimmt das bereits erwähnte Ges. v. 21. Juli 1879 (s. Anhang) nicht nur, wenn ein Konkurs nicht eröffnet oder bereits beendigt ist, sondern auch hinsichtlich des nicht zur K.Masse gehörigen Vermögens, z. B. wenn in Betreff derartigen Vermögens ein Absonderungsberechtigter Ansprüche geltend machen kann. Dagegen können Konk.-Gläubiger hinsichtlich des nicht zur K.Masse gehörigen Vermögens von diesem Anfechtungsrechte mit Rücksicht auf § 11 K.O. und §§ 9, 13 Nr. 5 d. Ges. nur in dem, in Anm. 3 zu § 11 bezeichneten Ausnahmefalle Gebrauch machen. Ueber die Befugnisse des Verwalters nach diesem Ges. vgl. Anm. zu § 29.

2) In welchem Zeitpunkte die „Zahlungseinstellung" erfolgt ist, wird vom Konkursgerichte (abweichend von P.) nicht ein für allemal bestimmt. Insoweit dieser Zeitpunkt für eine Anfechtung erheblich ist, bleibt es den Betheiligten überlassen, den Zeitpunkt nachzuweisen, ohne Rücksicht darauf, ob hiernach in verschiedenen Prozessen verschiedene Zeitpunkte behauptet oder nachgewiesen werden. Anm. 1 zu § 100. Mot. zu §§ 100, 26. Für die Anfechtungen auf Grund der §§ 23, 42, 48 Nr. 3, 49 ist dabei § 26 zu beachten. Die Entscheidung darüber, welcher Zeitpunkt als der einer erfolgten Zahlungseinstellung zu erachten ist, hat stets das Prozeßgericht zu treffen und ist dabei an die Ansicht des K.Gerichts, welches etwa einen früheren Antrag auf K.Eröffnung wegen mangelnden Beweises der Zahlungseinstellung zurückgewiesen und erst auf weitere Anträge einen späteren Termin als nachgewiesen angenommen hat, nicht gebunden. A.M. Stieglitz S. 132. Vorausgesetzt ist dabei natürlich, daß eine für den jetzigen Konkurs kausale Zahlungseinstellung nachgewiesen und diese nicht etwa inzwischen beseitigt ist, während erst eine spätere neue zum Konkurse führte. Die Vermuthung des § 6 Abs. 3 ist (gegen v. Völdernndorff I. S. 269) hier auch nicht analog anzuwenden. In Betreff der Beweisführung für eine Zahlungseinstellung bez. eine Kenntniß davon, und der Unzulässigkeit eines Parteieneides darüber vgl. Vorb. vor § 94. Hinsichtlich der Anwendung der K.O. auf die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche vor dem Eintritte der Gesetzeskraft der K.O. erfolgt sind, vgl. E.G. §§ 9, 10.

---

§ 22.

Rechtshandlungen,[1] welche vor[2] der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam[3] nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten[4] werden.[5]

E. I. 27. P. 99. 110.

1) Nur „Rechtshandlungen" sind anfechtbar; und zwar sind, wie aus §§ 23 bis 25, 33 und § 6 hervorgeht, nur Rechtshandlungen des G.Schuldners den Vorschriften unterworfen. Zu den Rechtshandlungen gehören begrifflich alle Handlungen, welche für die Entstehung, Erhaltung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten eine Bedeutung haben, quaecunque gesta erunt. Begriff und Umfang der Rechtshandlungen sind dieselben, wie für § 6, welcher hinsichtlich dieser Voraussetzung vom § 22 nur in Betreff der Zeit der Handlung (nach bez. vor der K.Eröffnung) sich unterscheidet. Ob-

jektiv ist anfechtbar, was, wenn nach der K.Eröffnung geschehen, nach § 6 „nichtig“ wäre; mithin die in Anm. 1 zu § 6 bezeichneten Handlungen, insbesondere Verträge, Rechtsgeschäfte, Verpflichtungen, Zahlungen, Leistungen, Verzichte, Anerkenntnisse.

Als Handlung des G.Schuldners gilt auch hier, wie nach Anm. 2 zu § 6, die Handlung seines Bevollmächtigten; desgleichen seines negotiorum gestor, wenn der G.Schuldner dessen Handlung genehmigt hat, — andernfalls ist diese schon ohne Anfechtung für und gegen ihn unwirksam. R.O.H. 2, 303.

Auch die Zwangsvollstreckung bez. die Pfändung gegen den G.Schuldner gilt im Sinne des § 22 als unter Konkurrenz seiner Handlung erfolgt, vgl. § 28 und Anm. 5 zu § 23. Die Entziehung durch Pfändung und durch Zwangsverkauf ist der freiwilligen Pfandbestellung und Veräußerung gleichgestellt, indem der sonst zur Rechtshandlung nöthige Wille durch das Gesetz ersetzt wird; Akte der Zwangsvollstreckung gelten als vom Schuldner gewollt, weil er sie wollen muß, was auch durch C.P.O. §§ 716 Abs. 2, 720, 736 ff., 808 Ausdruck gefunden hat. Die Wirkung soll durch die Anfechtung getroffen werden, und hat den Akt, welchem das Gesetz die Wirkung der Rechtshandlung beilegt, zu treffen, auch wenn die Betheiligung des Schuldners nur darin besteht, daß er geschehen lassen muß, was als Namens seiner geschehen vom Gesetze zugelassen wird. Vgl. Otto S. 84 ff., 86, 89.

Abgesehen von diesen durch die §§ 23, 28 jedenfalls einbegriffenen Zwangsfällen ist eine Rechtshandlung des Schuldners in allen Fällen der §§ 23—25 nöthig. Wenngleich unter den Handlungen im allgemeinen auch die Unterlassungen einbegriffen gelten, so setzt doch eine „Rechtshandlung“, welche „vorgenommen“ ist, im § 22 eine Thätigkeit voraus. Die Motive bemerken in Betreff des Grades derselben unbestimmt: „Man darf dies nicht zu eng auffassen. Es ist nicht gerade nöthig, daß der Schuldner die Handlung selbst vornimmt. Bei einer Stellvertretung des Schuldners leuchtet das ein; indessen auch sonst wird ein aktives Handeln desselben nicht erforderlich erscheinen; auch eine passive Betheiligung des Schuldners an der Handlung genügt.“ Mot. 115. In demselben Umfange, wie eine stillschweigende Erklärung und selbst das Schweigen da wo sich Jemand geschäftsmäßig erklären muß, ebenfalls eine Erklärung ist, wird eine passive Betheiligung zu den Handlungen zu rechnen sein. Vgl. preuß. A.L.R. I. 4 § 58; R.O.H.G. 9, 412; 13, 439; 14, 371; 16, 40, 131, 155; 17, 394. Ein bloßes Unterlassen entzieht sich der Anfechtung. Die Anfechtung soll Geschehenes ungeschehen machen; eine Unterlassung kann nicht beseitigt werden, zumal da nicht unterstellt werden kann, welche bestimmte Handlung statt dessen geschehen sein sollte, falls gar nicht gehandelt ist. Eine Unterlassung ist nur anfechtbar, wenn sie gesetzlich oder thatsächlich einer positiven Handlung gleichsteht, d. h. wenn sie ein obgleich nur stillschweigendes bez. durch Geschehen lassen subjektiv genehmigendes Thun darstellt. Ueber ein solches hinauszugehen und auch das rein objektive Unterlassen einzubegreifen, ist durch den Gesetzausdruck nicht zugelassen. Dahin ist bestimmter als in den Mot. die Zulässigkeit der Anfechtung s. g. negativer Handlungen auszudrücken. (So auch Fuchs deutsch. Konk. S. 45: ein verstecktes Handeln oder die rechtliche Beilegung der Wirkung eines bestimmten Thuns.) Doloses Versäumen im Prozesse und überhaupt dolose Abreden über Nichtvertheidigung sind theils stillschweigende theils positive Handlungen. Vgl. auch Dernburg Bd 2 § 128 Anm. 3. Die Unterscheidung von v. Völdernborff I. S. 261: ein längere Zeit hindurch währendes Nichthandeln sei als „Unterlassen“ nicht anfechtbar; eine einmalige passive Betheiligung als „Geschehenlassen“ anfechtbar, — ist weder logisch noch sprachgebräuchlich noch nach der Konstruktion der Lehre in der K.O. zutreffend. — Otto S. 46, 47, 38 ff. erklärt die Unterlassung dann für anfechtbar, wenn sich der Schuldner in der Rechtslage befand, daß es seines positiven Eingreifens bedurfte, um den Verlust eines Rechts abzuwenden und seinem Vermögen einen Bestandtheil zu erhalten: Unterlassung von Con-

servativakten, wozu er, im Gegensatze zu den Mot., nach Vorgang des röm. Rechts auch den Nichtgebrauch von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln im Rechtsstreite und das Eintretenlassen der Verjährung rechnet. Dies bedarf jedoch nach Obigem der Ergänzung durch den Hinzutritt der subjektiv wissentlichen Unterlassung, da erst hierdurch ein Thun, eine „passive Betheiligung" durch Genehmigung konstituirt wird. Niemand nimmt eine Rechtshandlung dadurch vor, daß durch sein unbewußtes Nichtthun objektiv ein Rechtszustand entsteht oder geändert wird.

Die Rechtshandlung muß ferner dem Vermögen des Schuldners ein zu derselben gehöriges gesetzliches Recht entzogen oder geschmälert und das Befriedigungsrecht des Gläubigers verletzt haben. Entsprechend der allgemeinen Voraussetzung, daß die zeitige K.Eröffnung, nicht ein früherer Causalnexus der Handlung und der Beschädigung das Anfechtungsrecht bedingt, ist es genügend, jedoch auch erforderlich, daß die zur Befriedigung der Gläubiger dienende jetzige Konkurs-Masse vermindert ist; ob das zur Zeit der Handlung vorhandene Vermögen des Schuldners durch die Handlung vermindert wird, ob also bei onerosen Veräußerungen das Aequivalent ebensoviel werth ist, als das Veräußerte, ist im Allgemeinen unerheblich und schließt die Anfechtbarkeit nicht aus. (Ausnahmen §§ 23 Nr. 1a, 24 Nr. 2; vgl. Anm. 3 zu § 23, Anm. 4 zu § 24). Jedes Aufgeben eines Vermögensbestandtheils (Vermögensentäußerung) ist an sich anfechtbar; es ist nur dann keine Entäußerung für die Masse, wenn sich der Werth dafür in der Masse befindet. Otto S. 47—52. Hat der Schuldner eine Sache, wenngleich zum entsprechenden Werthe gegen §§ 23—25 verkauft, und befindet sich der Werth, wenngleich dem Schuldner bezahlt, nicht in der K.Masse, so ist diese vermindert. — Eine Verkürzung der Gläubiger liegt auch schon in der Uebernahme einer Verpflichtung, selbst wenn dafür bisher noch nichts vom Vermögen ausgeschieden ist; es genügt, daß dies geschehen muß, sobald die Verpflichtung geltend gemacht wird. Otto S. 52, 141. Dagegen begründet ein Verhalten des Schuldners, wodurch er ein ihm noch gar nicht zustehendes Recht nicht erwirbt, keine Anfechtung; auch dann nicht, wenn das Ablehnen des Erwerbs nicht durch ein bloßes Unterlassen, sondern durch eine Rechtshandlung (Erklärung) erfolgt. Es ist in keinem Momente ein zur Befriedigung der Gläubiger verwendbares Mittel vorhanden gewesen, ihnen also auch nicht entzogen. Ob etwas als noch nicht erworben anzusehen ist, bleibt nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Wo also das bürgerliche Recht in der Unterlassung der gemeinrechtlichen hereditatis aditio bez. in der Erbschaftsablehnung des heres necessarius und des Legatars nur ein nolle acquirere findet, ist dies nicht anfechtbar. Partikulare Bestimmungen, daß auch ein nolle acquirere anfechtbar sei, sind durch die konkursrechtliche Bedeutung der Rechtshandlung beseitigt. Darüber aber, ob der Anfall von Erbschaften und Legaten einen wenngleich nur bedingten Erwerb oder blos die Möglichkeit eines Erwerbes bedeutet, entscheidet lediglich das Civilrecht. Vgl. Otto S. 32 ff., 36—38. Ein Verzicht dagegen auf erworbene Erbschaften und Vermächtnisse (also nach preuß. und französ. Rechte die Entsagung auf das schon mit dem Anfalle erworbene Recht) kann nach § 25 angefochten und die vom G.Schuldner aufgehobene Erbschaft trotz der Entsagung übernommen werden, sofern nicht das jus succedendi nach dem bürgerlichen Rechte ein rein persönliches, vom Konkurse nicht betroffenes ist. Anm. 2 IV. zu § 1. Durch die Aufhebung einer Entsagung würde dagegen die Anfechtung nicht die Wiederherstellung einer inzwischen abgelaufenen Frist oder eines sonst verwirkten Rechts zur Folge haben. Mot. 114—117. — Bei potestativ = bedingten Rechtsgeschäften ist allgemein das Nichterfüllen einer suspensiven Potestatbedingung, als einen Erwerb unterlassend, nicht anfechtbar; das Nichterfüllen einer resolutiven Potestativbedingung dagegen ist unter der Voraussetzung anfechtbar, daß es sich nicht um ein rein persönliches, sondern um ein der Disposition des Verwalters unterliegendes Recht handelt. Hartmann Anf. S. 18, 19.

Auch nur gegen die Rechtshandlung des G.Schuldners und deren Unwirksamkeit kann sich die Anfechtung richten; nicht gegen Rechte, welche durch die Unwirksamkeit der Handlung des Schuldners nicht betroffen werden. Die Anfechtung einer Wechselverpflichtung des G.Schuldners läßt sich mit Rücksicht auf die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nur durch das Zurückgehen auf das, der Begründung und Entstehung der Wechselverpflichtung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft begründen, da nur hiernach die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit, Gegenleistung, Sicherung oder Bfriedigung und deren Art und Zeit zu beurtheilen ist. Die Anfechtung kann sich nur gegen denjenigen richten, welchem gegenüber der G.Schuldner dies Rechtsgeschäft einging — im Wege der Einrede unter Berücksichtigung des Art. 82 Wechs.-O. —; sofern nicht aus dem dolus eines dritten Wechselinhabers weitere Rechte begründet werden. Anm. 2 zu § 23. Vgl. v. Sarwey S. 121 bis 123, 131, 134, 136 ff.; Otto S. 54—58. — Verfügungen über Sachen und Rechte, welche dem G.Schuldner mit Anderen gemeinschaftlich zustehen, sind nur hinsichtlich der Verfügung des G.Schuldners anfechtbar; mit Wirkung für dessen Antheil, wenn für den Antheil und die Wirkung Theilbarkeit zulässig ist, Striethorst 12, 166; ohne Wirkung für seinen Antheil, wenn auch bei Wegfall der Verfügung des G.Schuldners die gleiche Verfügung des Mitberechtigten allein verbindlich bleibt, Art. 114 H.G.B.; und mit voller Wirkung die gesammte Verfügung der Berechtigten aufhebend, wenn deren gemeinschaftliches Handeln nöthig war und bei Ungültigkeit der Handlung des G.Schuldners die Handlung des Andern allein keine verbindliche Disposition enthält. R.O.H. 23, 417.

Insbesondere ist die Leistung des Geschuldeten an den G.Schuldner nicht nach § 23 Nr. 1, 2 (Anm. 3 dazu), aber nach § 24 Nr. 1 (Anm. 2 zu § 24) anfechtbar; die Annahme der Erfüllung seitens des Gläubigers nach § 23 Nr. 1 (Anm. 6 zu § 23) und § 24 Nr. 1 (Anm. 2 zu § 24); die Erfüllung einer nicht fälligen Schuld, einer aufschiebend bedingten, oder naturalen Schuld, die Hingabe an Zahlungsstatt oder Bestellung eines Pfandrechts für eine fällige Schuld sowie executivische Pfändung nach § 23 Nr. 2 (Anm. 8, 9 zu § 23).

Den K.Vorschriften über Anfechtung unterliegen nur Rechtshandlungen, welche an sich, abgesehen von den Anfechtungsgründen, rechtsgültig sind. Die Anfechtung aus allgemeinen civilrechtlichen Gründen, wegen Verletzung anderer Rechte, Formmängel, und insbesondere auch wegen Simulation (A.L.R. I. 4. § 52) sind den Beschränkungen der Konkursanfechtung (sowie des Ges. vom 21. Juli 1879) nicht unterworfen und nach dem bürgerlichen Recht zu entscheiden. Entsch. 47, 389; 54, 1. Strieth. 45, 192; 57, 183. Dernburg II. § 128 III. Otto S. 26, 27.

2) Zur Anwendung der §§ 22 ff. ist erforderlich, daß die Rechtshandlungen vor der K.Eröffnung „vorgenommen", also nicht blos eingeleitet oder vorbereitet sind. Ob schon eine Wirkung eingetreten oder geltend gemacht ist, bleibt unerheblich; auch die noch nicht geltend gemachte Uebernahme einer Verpflichtung ist nach §§ 22 ff. anfechtbar. In Betreff der Zeit vgl. die Vermuthung in § 6 Abs. 3. Auf die Rechtshandlungen nach der K.Eröffnung sind keinenfalls die §§ 23 ff., sondern die §§ 6 ff. anwendbar.

3) Wirkung der Anfechtung: Relative „Unwirksamkeit den Konkursgläubigern gegenüber". Eine Nichtigkeit, wie nach englischem und theilweise nach französ. Rechte, ist nicht angenommen, sondern nur eine durch Anfechtung zu erwirkende Ungültigkeit, und zwar nur eine relative den K.Gläubigern gegenüber. „Das Rechtsgeschäft bleibt, selbst wenn dessen Anfechtbarkeit richterlich ausgesprochen wird, als an sich gültig bestehen, und behält seine Wirkung unter den handelnden Theilen nach dem Inhalte des Geschäfts". Nur ist die Verfügung „den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie steht ihren Ansprüchen nicht entgegen. Das ist der Inhalt des Anfechtungsrechts, und darin liegt der Zweck und die Wirkung desselben: das vom G.Schuldner aufgegebene Objekt als noch zur K.Masse gehörig zu betrachten und zurückzuführen." Nur diese Wirkungen werden

dem Rechtsgeschäfte entzogen. Insoweit die Wirkung der Anfechtung auf die Beziehung den Konkursgläubigern gegenüber beschränkt wird, ist die Anfechtbarkeit der im § 6 bestimmten Nichtigkeit der nach der K.Eröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen gleichbedeutend. Auch eine erfolgreiche Anfechtung wirkt zurück; die Handlung wird ebenfalls den K.Gläubigern gegenüber ebenso unwirksam, als ob sie niemals bestanden hätte. Vgl. Anm. 1, 3 zu § 6. Ebenso ist in Folge dieser Beschränkung die Geltendmachung der Anfechtbarkeit sowie der Nichtigkeit gleichmäßig von dem Willen der Konkursgläubiger abhängig, und entsprechend auch die Heilung von ihrer Genehmigung; abgesehen von dem bedeutsamen Unterschiede, daß das Anfechtungsrecht nur vom Verwalter ausgeübt werden kann, also niemals ein Individualrecht eines einzelnen Gläubigers ist, § 29. Der rechtliche Grund beruht für die Anfechtung wie für die Nichtigkeit gleichmäßig auf dem K.Anspruche der Gläubiger und ihrem Interesse an der K.Masse, nicht auf dem persönlichen Rechte oder Interesse des G.Schuldners.

Während für den G.Schuldner als Eigenthümer der K.Masse sein Vertreter, der Verwalter die entzogenen Objekte durch Anfechtung zurückzuschaffen bez. die Masse gegen Verletzungen zu schützen hat, bleibt gegenüber dem G.Schuldner persönlich, d. h. dem G.Schuldner, soweit er außerhalb des Konkursverfahrens betheiligt ist, der rechtliche Bestand der anfechtbaren Rechtshandlung durch die Anfechtung unberührt. „Hatte z. B. der G.Schuldner eine Sache verkauft, so wird zwar trotz des Verkaufs die Sache dem Käufer entwährt, das Kaufgeschäft aber bleibt, allerdings jetzt mit Gewährspflicht, zwischen Verkäufer und Käufer bestehen". Mot. 111, 112. Der G.Schuldner kann sich daher auch nach Beendigung des Konkurses nicht für sich gegenüber einem Gläubiger auf ein nur durch und für den Konkurs begründetes Anfechtungsrecht der §§ 22—34 berufen, um etwa Forderungen seines Gläubigers oder ein Pfandrecht, welches für einen Dritten entstanden war, mit Rücksicht auf § 23 zu bestreiten. Ihm selbst gegenüber werden seine Rechtshandlungen nicht unwirksam, sondern nur behufs der Zuführung entzogener Objekte zur K.Masse, § 30, im gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger. Entsch. 73, 77.

Die wichtige praktische Folge ist, daß in einem bei der Konkursbeendigung noch anhängigen Anfechtungsprozeß der G.Schuldner nicht für den Verwalter fortsetzend aus seinem Rechte die Anfechtungsgründe der §§ 23 ff. geltend machen kann, die hierauf gestützten Klagen, Einreden und Repliken für ihn rechtlich unwirksam werden, und die angefochtenen Rechte des Anfechtungsgegners, (also auch in den praktisch häufigsten Fällen der Anfechtung eines Arrest- oder Vollstreckungspfandrechts das Pfändungspfandrecht des Gegners) anfechtungsfrei werden. Der G.Schuldner kann sie nur aus anderen ihn betreffenden Gründen (dolus, Simulation u. s. w.) anfechten, was prozessualisch einen andern Klagegrund darstellt. — Formell hat der G.Schuldner in den Prozeß für seinen Vertreter hinsichtlich der Masse einzutreten, vgl. Anm. 1 zu § 29, und den Prozeß hinsichtlich des noch zu entscheidenden Kostenpunkts fortzusetzen. Dadurch, daß der vom Verwalter etwa mit vollem Rechte begonnene Anfechtungsprozeß nachträglich durch die K.Beendigung gegenstandslos wird, ist nicht gegeben, daß der Verwalter bez. die Masse die bisher entstandenen Prozeßkosten zu tragen haben. Der Gegner hat durch die Beseitigung der Anfechtung und den Wegfall des Klagegrundes nicht obgesiegt, vielmehr ist mit der Aufrechterhaltung des Antrages auf Kostentragung des Gegners, vgl. C.P.O. § 240 Nr. 2, und (vgl. C.P.O. § 279 Abs. 2) mit der Erklärung, daß nur durch die K.Beendigung der Anfechtungsantrag in der Hauptsache erledigt sei, die Behauptung vereinbar, daß der Gegner in der Sache habe unterliegen müssen, wenn sie nicht ohne sein Verdienst erledigt wäre und daß der Gegner deshalb nach C.P.O. § 87 die Kosten zu tragen habe; er hat sie zu tragen, wenn dies begründet ist. Bei unbedingter Zurücknahme der Klage ist C.P.O. § 243, anwendbar.

Auch nur den Konkursgläubigern gegenüber, in deren Interesse der Verwalter für die Masse auftritt (§ 29), findet die Anfechtung statt. Für Absonderungsberechtigte, welche als solche nicht K.Gläubiger sind und für ihre Befriedigung außerhalb des K.Verfahrens zu sorgen haben, ist die Anfechtung auf Grund der §§ 22 ff. unzulässig. Prot. 21. Sie können nur nach dem Ges. v. 21. Juli 1879 anfechten. Ueber ihre Konkurrenz mit dem Verwalter bei der Anfechtung vgl. Anm. 2 zu § 29. Andrerseits kommt das Resultat der Anfechtung des Verwalters auch nur der Masse zu Gute, nicht anderen dabei Mitbetheiligten, insbesondere nicht einem Absonderungsberechtigten. Wäre die erste Pfändung einer Sache des G.Schuldners anfechtbar, eine Anschlußpfändung (C.P.O. § 727) dagegen nicht, so rückt daher bei erfolgreicher Anfechtung nicht etwa der nachpfändende Gläubiger nach, sondern für ihn bleibt sein Recht ungeändert. Der aus dem Pfanderlöse auf den ersten Gläubiger fallende Betrag fließt zur K.Masse, und der Nachpfändende behält sein Recht an dem Ueberschusse. Keyßner im deutsch. Handelsbl. 1880 S. 93. Wenngleich der Anfechtende im Verhältnisse zum Schuldner und zum Anfechtungsgegner nur den Wegfall der anfechtbaren Handlung als Wirkung fordern kann, so ist das Recht doch zugleich dadurch qualifizirt, daß nur zu Gunsten des Anfechtenden die anfechtbare Handlung nicht wirkt. Der mitinteressirte dritte Absonderungsberechtigte, welcher seinerseits die Handlung nicht anfechten kann oder will, hat keinen Anspruch auf eine Wirkung eines nicht ihm zustehenden Rechts. Vgl. dagegen abweichend Reichsger. in Rassow und Küntzel 25, 111.

4) Der Unterschied der nach Tit. 3 anfechtbaren und der nach § 6 nichtigen Handlungen besteht — abgesehen davon, daß das Anfechtungsrecht nur vom Verwalter ausgeübt werden kann und von den besonderen Zeit-Beschränkungen der §§ 26, 34 — darin, daß

a. die Anfechtung, abweichend vom § 6, unter allen Umständen eine Widerspruchsthätigkeit des Verwalters voraussetzt, vgl. Anm. 1 zu § 6;

b. daß die Anfechtung unbedingt nur gegen denjenigen wirkt, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist (in personam), gegen Dritte nur unter den auf dolus gegründeten besonderen Voraussetzungen des § 33; während die Nichtigkeit auch gegen Dritte (in rem) wirkt, soweit nach dem bürgerlichen Rechte das Recht des Dritten von dem des G.Schuldners oder des andern Theils abhängig ist, Anm. 4 zu § 6;

c. in der abweichenden Behandlung der bona fides bei unentgeltlichen Leistungen.

Die Anfechtung kann auch im Wege der Einrede erfolgen, wie im E. I. § 27 (und P. § 110) ausdrücklich bemerkt war, und nur als selbstverständlich fortgelassen wurde. Mot. 112. Für die Beseitigung anfechtbarer K.Forderungen wird in der Regel der Weg der Einrede genügen. Jedoch wird zur Beseitigung der Verjährung, § 34, die Einrede vor Ablauf der Verjährungsfrist in mündlicher Verhandlung geltend gemacht sein müssen, da die Vorbringung in vorbereitenden Schriftsätzen nach der C.P.O. noch nicht wirksam ist, sondern nur das Vorbringen in mündlicher Verhandlung (sofern das Recht nicht durch Klageerhebung geltend gemacht ist). Vgl. C.P.O. § 239, 254.

Die Anfechtung im Wege der Klage ist gegenüber einer anfechtbaren K.Forderung mit Rücksicht auf § 134 Abs. 6 dann nöthig, wenn für dieselbe ein vollstreckbarer Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt. Außerdem wird, sofern die Anfechtung nicht durch Anerkenntniß und freiwillige Erstattung erledigt wird, die Klage nöthig, wenn ein Recht oder eine Sache veräußert ist. Die Klage kann direkt auf Rückgewähr des Entzogenen gerichtet und der vom Anfechtungsgegner aus der anfechtbaren Handlung entgegengestellte Einwand durch die Replik der Anfechtung beseitigt werden. Petersen S. 126; Stieglitz S. 129; v. Völdernbdorff I. S. 341. Die Entgegnung (v. Sarwey S. 128), daß damit in der Replik der Klagegrund geändert werde, ist unge-

gründet; da die Wirkung der Anfechtung eben darin besteht, die anfechtbare Handlung zu beseitigen, als wenn sie nicht erfolgt wäre, der sonstige Klagegrund des für seine Masse thätigen Verwalters also bestehen bleibt. Otto S. 162, 163. Nimmt man freilich mit Schultze a. a. O. S. 64 ff. an, daß der Verwalter hinsichtlich der Anfechtung Vertreter der Gläubiger und sonst hinsichtlich der Masse Vertreter des G.Schuldners ist, so würde durch eine derartige Replik sogar eine andere Prozeßpartei in den Prozeß eingeführt.

Die Aufhebung einer Arrestpfändung kann der Verwalter, an die Stelle des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse tretend, wegen der durch die K.Eröffnung veränderten Umstände nach C.P.O. § 807 unter Geltendmachung des Anfechtungsrechts beantragen. Gegen Zwangsvollstreckungen stehen ihm an Stelle des G.Schuldners die Rechtsbehelfe der C.P.O. §§ 686 ff. und zur einstweiligen Sistirung Anträge gemäß §§ 688, 689 zu Gebote. Im Uebrigen dienen zur Sicherung der Objekte von Anfechtungsrechten die einstweiligen Verfügungen C.P.O. §§ 814 ff. Hinsichtlich der Vormerkung im Grundbuche als einstweiliger Verfügung vgl. §§ 18, 19 preuß. Einf.-Ges. zur C.P.O. v. 24. März 1879.

5) Die Mot. machen darauf aufmerksam, daß nach C.P.O. § 231 die Anstellung einer Präjudizialklage mit dem Antrage: „anzuerkennen, daß die Rechtshandlung gegen die K.Gläubiger unwirksam sei" zulässig ist. Dies ist theoretisch richtig; wenn die Voraussetzung des § 231 C.P.O., also das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses vorliegt. Hinsichtlich der Feststellung angemeldeter K.Forderungen wird dies Interesse vor dem Prüfungstermine, und hinsichtlich der nicht angemeldeten wird es überhaupt in der Regel fehlen, sofern nicht durch den Ablauf der Frist des § 34 eine Besorgniß begründet wird. Vgl. v. Sarwey S. 127, 128; Stieglitz S. 128, 129. Abweichend ist für die Anfechtung von Rechtshandlungen außer dem Konkurse nach § 9 Ges. v. 21. Juli 1879 im Klageantrage bestimmt, Umfang und Weise der Rückgewähr zu bezeichnen, also nach Abpfändung von Sachen zu beantragen, daß der Anfechtungsgegner die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung der bestimmt anzugebenden Forderung des Gläubigers geschehen läßt; eine Präjudizialklage ist also hier ausgeschlossen. — Praktisch dürfte es mit Rücksicht auf die Verzögerung und die thatsächlich möglichen Veränderungen hinsichtlich der beanspruchten Objekte auch bei der Konkursanfechtung rathsam sein, sofort bestimmte Anträge in Konsequenz der Unwirksamkeit zu stellen, sofern nicht etwa der Verwalter bei mangelhafter Information über die Sachlage wünschen muß, die Präzisirung der Anträge zu verschieben. Zu beachten ist, daß unter Beibehaltung desselben Klagfundaments nach C.P.O. § 240 der Klageantrag auch in der Hauptsache erweitert oder beschränkt werden kann. Zur Verfolgung der Anfechtung in ihren Wirkungen ist ein bestimmter Antrag, der C.P.O. entsprechend, zu stellen. Die Begründung der Klage ergiebt sich aus den §§ 23—26; Ziel und Antrag aus §§ 30, 31, 33.

Das Anfechtungsrecht richtet sich seinem Zwecke gemäß nur gegen denjenigen, „welchem gegenüber die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen ist", oder gegen dessen Rechtsnachfolger, §§ 30, 33. Nur diese sind die Prozeßgegner. Mit Rücksicht auf den Anfechtungszweck ist eine Zuziehung des G.Schuldners zum Prozesse nicht nöthig und selbst durch die ihm fehlende Verfügungsbefugniß hinsichtlich der Masse und durch die rechtliche Unmöglichkeit, sein sonstiges Vermögen zur Masse zu beanspruchen, ausgeschlossen. Vgl. Strieth. 46, 204. Der andere Theil, „nicht der G.Schuldner, soll die Folgen des Anfechtungsrechts gewähren, die Sache herausgeben, die Zahlung leisten, die Verpflichtung aufheben u. s. w. und eine Zuziehung (des G.Schuldners) würde bedeutungslos sein, denn der G.Schuldner hat jetzt die Verfügungsfähigkeit verloren." Mot. 113, 114. Vgl. Strieth. 15, 196; 46, 204; 65, 150. Gruchot Beitr. Bd. 3 S. 273. Anm. 2 zu § 33. Die Ansicht von Fuchs deutsch. Konk. S. 54, daß der Verwalter die Anfech-

tungsklage gegen den G.Schuldner auch anstrengen könne, um dessen nach der K.Eröffnung erworbenes neues, zur Masse nicht gehöriges Vermögen anzugreifen, ist mit Recht von Küntzel in Gruchot Beitr. Bd. 31 S. 894 reprobirt. Der Verwalter vertritt den G.Schuldner (nicht die Gläubiger) nur hinsichtlich der Verfügung und Verwaltung der K.Masse, und kann das neue Vermögen des G.Schuldners auch nicht indirekt (gegen § 1) zur K.Masse verwenden. Vgl. Otto S. 160. Mandry S. 389. — Der G.Schuldner kann folgerecht auch im Anfechtungsprozesse nicht interveniren, weder für, noch gegen den Verwalter, da er keine Verfügungs- und Einwirkungsbefugniß, wie sie in einer Intervention liegen würden, hinsichtlich der vom Prozesse betroffenen K.Masse hat und der Verwalter allein sein rechtliches Interesse an der Masse vertritt. Wegen der Intervention von Gläubigern vgl. Anm. 2 zu § 29.

Zuständiges Prozeßgericht für den Anfechtungsprozeß ist, da der Anfechtungsanspruch als solcher ein gegen den Gegner persönlicher ist und nicht ein schon vorhandenes dingliches Recht an der Sache verfolgt, das nach den allgemeinen Bestimmungen der C.P.O. sich ergebende. Sofern die Entäußerung durch einen Vertrag erfolgt ist, dessen Aufhebung gegenüber den K.Gläubigern durch die Anfechtung bezweckt wird, ist nach C.P.O. § 29 das Gericht des Erfüllungsorts elektiv (C.P.O. §§ 12 ff., 35) zuständig. Für die auf Delikten beruhenden Ansprüche aus den §§ 23, 24, 33 Abs. 2 will Otto S. 231 auch den Gerichtsstand der begangenen Handlung nach C.P.O. § 32 zur Wahl stellen und nach den Mot. zur C.P.O. S. 62 sind allerdings auch die rein civilrechtlichen Delikte zu den unerlaubten Handlungen im Sinne der C.P.O. § 32 zu rechnen. (Vgl. indeß R.O.H. 25, 33). Für Klagen, in welchen direkt ein unter die §§ 25—27 C.P.O. fallender Anspruch geltend gemacht und das Anfechtungsrecht zur Beseitigung einer Einrede durch Replik ausgeübt wird, ist der Gerichtsstand durch jene Vorschriften gegeben. Der Widerspruch bei Zwangsvollstreckungen ist im Gerichtsstande der C.P.O. § 686 und die Aufhebung eines Arrestes in dem durch C.P.O. § 807 Abs. 2 bestimmten Gerichtsstande zu beantragen, vgl. C.P.O. § 707.

Für Kollisionen der örtlichen Rechte hinsichtlich der materiellen Beurtheilung des Anfechtungseinspruchs ist das Recht des Wohnsitzes des G.Schuldners (vgl. § 64) entscheidend. Das gegen das Gesammtvermögen des Schuldners gerichtete, dem Anspruche zu Grunde liegende, Befriedigungsrecht der Gläubiger (vgl. Vorbem. 1 vor § 22) hat seinen Sitz am Wohnsitze des Schuldners. Hartmann Anf. S. 9 ff. Die Verkürzung dieses Rechts ist stets der Grund des Anspruchs. Der Gläubiger kann daher für die Konkursanfechtung, wie für die Einzelnanfechtung, niemals ein weitergehendes Anfechtungsrecht beanspruchen, als das Recht des Wohnsitzes seines Schuldners gewährt. Hat das Anfechtungsrecht im Verhältnisse zum Schuldner seinen Grund, so beschränkt es sich jedoch nicht auf dies Verhältniß, sondern richtet sich gegen den dritten Empfänger, dessen Erwerb bestreitend. Der Empfänger wieder hat das Recht, die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes nach dem Rechte des Erwerbes beurtheilt zu wissen. Ist der Erwerb nach dem für denselben maßgebenden ausländischen Rechte unanfechtbar, so unterbleibt das Anfechtungsrecht. Es kann also auch nicht weitergehend ausgeübt werden, als nach dem Rechte des Erwerbes statthaft ist, und muß daher stets in den Grenzen der beiden örtlichen Rechte bleiben. Vgl. Urth. d. Reichsg. v. 10. Dez. 1880 in Wallmann Zeitschr. f. preuß. Recht 1881 S. 643. Franke will im civil. Arch. Bd. 62 S. 488 ff. dies nur für den gutgläubigen Erwerber gelten lassen, und läßt für den bösgläubigen lediglich den Wohnort des Schuldners maßgebend sein; indeß kann diese Unterbleibung schon deshalb nicht zutreffend sein, weil zunächst zu bestimmen ist, nach welchem Rechte zu beurtheilen ist, ob ein Erwerber gutgläubig oder bösgläubig und welcher guter Glaube zu verlangen ist. Otto (S. 200—202), welcher für deliktische Ansprüche den Ort der begangenen Handlung und für andere, also für unberechtigte Bereicherung (§ 25), den Erfüllungsort

bestimmend erklärt, berücksichtigt nur das Recht des Erwerbes und übersieht, daß der Gläubiger auch kein Anfechtungsrecht über das für seinen Schuldner örtlich geltende Recht hinaus hat.

Aus den gleichen Gründen, weil zugleich der in der Person des Schuldners beruhende Grund des Anfechtungsrechts und dessen Richtung gegen den dritten Erwerber maßgebend sind, wird auch für den Wechsel der Gesetzgebung in der Zeit derartig unterschieden, daß das Anfechtungsrecht zur Zeit der Geltendmachung begründet sein muß, zugleich aber einen in früherer Zeit erfolgten unanfechtbaren Erwerb nicht angreifen darf. Vgl. Anm. zu E.G. § 9. — Ueber den Ort, wo der Anfechtungsgegner zu erfüllen hat, vgl. Anm. 2 zu § 30. — Ueber die Genehmigung der Anfechtungsklage des Verwalters durch den Gläubiger-Ausschuß vgl. §§ 121 Nr. 2, 124. — Ob das vom Verwalter nach § 15 gestellte Verlangen der Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht enthält (was v. Völderndorff I. S. 262, 263 allgemein verneint) bez. eine Genehmigung des Vertrags, wird nebst der Unwiderruflichkeit einer solchen Erklärung nach den thatsächlichen konkreten Umständen, insbesondere auch der Kenntniß des Verwalters von den Anfechtungsgründen zu beurtheilen sein.

§ 23.

Anfechtbar sind:

1. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens[1] von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte,[2] durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden,[3] wenn dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;[4] sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen,[5] welche einem Konkursgläubiger Sicherung[9] oder Befriedigung gewähren,[6] wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;[4]
2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen[7] vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen,[8] welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung[9] oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte,[8] sofern er nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen,[10] nicht bekannt war.

E. I. 28. 29. P. 100.

1) In den §§ 23, 24 sind die auf Deliktsnatur beruhenden Anfechtungsgründe behandelt. Der § 23, dem Konkurse eigenthümlich, ohne Analogie im Anfechtungsgesetze vom 21. Juli 1879, umfaßt die allgemeinsten, häufigsten und für den Anfechtenden die verhältnißmäßig geringsten Erfordernisse voraussetzenden Anfechtungsgründe. Mag man die innere Begründung des § 23 mit den Mot. in der Verletzung des K.Anspruchs finden, oder den Grund nur in der Verletzung eines positiven, gegenüber dem gemeinen

Rechte verschärften und ausgedehnten Dispositionsrechts sehen (vgl. Vorb. 1. vor § 22), jedenfalls beruhen beide Kategorien des § 23 auf dem Delikte, und zwar dem Delikte des Anfechtungsgegners: seiner bewußten Verletzung der Gläubigerrechte. Dies ergiebt sich daraus, daß die nachzuweisende bez. vermuthete Kenntniß des Anfechtungsgegners zu Nr. 1 von den für die Vermögensdisposition des G.Schuldners kraft Gesetzes (des § 23 selbst) verhängnißvollen Zeitmomenten, zu 2 von der Absicht des G.Schuldners, einen Gläubiger vor anderen zu begünstigen, Erforderniß des Anfechtungsrechts ist (Anm. 4, 10), sowie den der Verletzung in den §§ 30—33 gegebenen Folgen (Anm. 2 zu § 30). Durch die Verschiedenartigkeit des dolus für Nr. 1 und Nr. 2, sowie die damit in Verbindung gebrachte verschiedene Bestimmung der Beweislast unterscheiden sich die beiden Kategorien. Die Deliktsbegründung wird für beide weder dadurch beeinträchtigt, daß zu Nr. 1 eine bewußte Verletzung des G.Schuldners nicht unbedingt zugleich vorzuliegen braucht, Anm. 4, noch dadurch, daß in Folge der Beweisvermuthung zu Nr. 2 Mancher ohne eigene Verschuldung zahlen muß, als schuldig geltend, weil er den ihm obliegenden Gegenbeweis nicht führen kann. Vgl. Otto S. 22, 23, 117 ff. Mandry S. 375, 379, 381. Anfechtbar sind nach § 23:

1. Rechtsgeschäfte des Anfechtungsgegners mit dem G.Schuldner, durch welche die K.Gläubiger benachtheiligt werden, Nr. 1 Satz 1,
2. Sicherungs- oder Erfüllungsbewirkung für einen K.Gläubiger, wenn er darauf einen Rechtsanspruch hat, nach Nr. 1 S. 2, und
3. Sicherung oder Befriedigung eines Gläubigers, wenn dieser nicht oder nicht in der Art oder nicht in der Zeit einen Anspruch darauf hat, nach Nr. 2.

Gemeinsame Voraussetzung ist, daß eine Zahlungseinstellung oder ein K.Eröffnungsantrag vorliegt, und daß das Rechtsgeschäft bez. die Rechtshandlung in der Zeit zwischen der Zahlungseinstellung (oder dem Eröffnungsantrage) und der K.Eröffnung, § 22, erfolgte, nur mit der Modifikation für die Fälle zu Nr. 2, daß diese auch in den letzten Tagen vorher erfolgt sein können. Zur Anfechtung würde es nicht genügen, wenn nur die Wirkung, z. B. eine Eintragung im Grundbuche, in diese kritische Zeit fällt. Nicht die Eintragung im Grundbuche ist anzufechten, sondern das dieselbe veranlassende Rechtsgeschäft: Hypothekenbestellung, Cession, Veräußerung, Auflassung. Diese Voraussetzungen: Zeit der Zahlungseinstellung, des Eröffnungsantrags, der K.Eröffnung, des Rechtsgeschäfts bez. der Rechtshandlung, sowie die als unter Nr. 1 oder 2 fallend behauptete Rechtshandlung selbst hat stets der anfechtende Verwalter zu beweisen. — Hinsichtlich der Zeitbestimmung für die Zahlungseinstellung vgl. Vorbem. 2 vor § 22 und § 94. Sofern sich der Verwalter auf eine Zahlungseinstellung vor der K.Eröffnung stützen will, hat er zufolge § 26 einen solchen Zeitpunkt der Zahlungseinstellung zu beweisen, welcher nicht früher als 6 Monate vor der K.Eröffnung zurückreicht.

2) Zu Nr. 1 Satz 1 (1a): Ueber die gemeinsamen Voraussetzungen für beide Sätze der Nr. 1 vgl. Anm. 4. Besondere Voraussetzungen des ersten Satzes (Nr. 1a) sind:

a. daß ein Rechtsgeschäft von dem G.Schuldner eingegangen ist, und
b. daß durch dessen Eingehung die K.Gläubiger benachtheiligt werden.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts, welches der G.Schuldner „eingeht", setzt im Gegensatz zu den auch die einseitigen Handlungen umfassenden „Rechtshandlungen" Anm. 1 zu § 22, einen Vertrag des G.Schuldners mit einem Andern voraus, welcher im Falle der Anfechtung der Gegner des anfechtenden Verwalters wird. Zweiseitige und sog. einseitige Verträge können betroffen werden: vertragsmäßige Ver- bez. Entäußerungen dando, solvendo, obligando, liberando, nicht einseitige Verzichte oder Erfüllungen, welche ohne Vertragsmäßigkeit nicht eingegangene „Rechtsgeschäfte" sind. — Dadurch, daß die Gewährung von Sicherung oder Befriedigung an K.Gläubiger im zweiten Satze der Nr. 1 und Nr. 2 besonders behandelt ist, folgt, daß solche Rechtshandlungen, auch wenn

sie Verträge sind, nur nach diesen besonderen Vorschriften zu beurtheilen sind, also von Nr. 1a nicht betroffen werden. — Ferner sind hinsichtlich der Wechselzahlungen, welche der G.Schuldner geleistet hat, im § 27 besondere, den § 23 Nr. 1 modifizirende Vorschriften gegeben. Sonst ist keine Art von Rechtsgeschäften ausgeschlossen. Das Eingehen eines Wechselgeschäfts, die Uebernahme einer Wechselverpflichtung nach der kritischen Zeit — vom § 27 nicht betroffen — fällt unter Nr. 1a, der G.Schuldner mag als Acceptant, Aussteller, Indossant oder sonst die Wechselschuld kontrahirt haben, vorausgesetzt nur, daß nicht bereits der andere Mitkontrahent Gläubiger des G.Schuldners war und der Wechsel zur Sicherung seiner Forderung vollzogen wurde, weil dann Nr. 1b bez. Nr. 2 anwendbar ist, und ferner, daß die weitere Voraussetzung, Anm. 3: Benachtheiligung der K.Gläubiger durch das Wechselgeschäft, zutrifft. Die Anfechtung kann nur gegen das eingegangene Wechselgeschäft, das der Wechselunterschrift zu Grunde liegende Rechtsverhältniß gerichtet werden, nicht gegen den „Wechsel" bez. die Wechselschuld, vgl. Anm. 1 zu § 22. Nicht das Niederschreiben eines Wechselacceptes (gegen v. Völderndorff 1. S. 271) ist ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtshandlung, sondern der Akt, durch welchen das Geschriebene einem Andern zur Benutzung überlassen wird. Vgl. Otto S. 57.

Für Nr. 1a ist es nicht Voraussetzung, daß das Rechtsgeschäft lediglich dem freien Willen des G.Schuldners unterworfen war. Mot. 119, 120 und § 28. Wegen des letzteren Grundes hatte das Obertribunal in Strieth. 18, 127 die Erbtheilungen als nicht dem freien Willen unterworfen hinsichtlich des preuß. Ges. v. 26. April 1835 für nicht anfechtbar erklärt. Von der Anwendbarkeit des § 23 sind Erbtheilungen aus diesem Grunde nicht ausgeschlossen zu erachten. Vgl. Anm. 3 zu § 24.

Ebenso wird die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes aus Nr. 1a nicht dadurch ausgeschlossen, daß für dasselbe ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt ist, § 28.

Auch Rechtsgeschäfte über Grundstücke und Hypotheken sind nicht ausgeschlossen. Dem Kontrahenten, welcher darüber mit dem G.Schuldner ein Rechtsgeschäft einging, — nur um diese handelt es sich hier — kommt gegenüber seiner eigenen Kenntniß von der Sachlage ein guter Glaube des Hypothekenbuchs nicht zu Statten. Wußte er, daß der Abschluß seines Geschäfts eine Rechtsverletzung des K.Anspruchs der Gläubiger enthielt, oder mußte er dies wissen — was bei Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage (s. Anm. 4) angenommen wird — so haftet er aus seiner Rechtsverletzung. Mot. 118. Anm. 4 zu § 33.

3) Das weitere Erforderniß, für die Fälle der Nr. 1a, daß durch die Eingehung des Rechtsgeschäfts die K.Gläubiger benachtheiligt werden, war im E. I. § 28 nicht enthalten und ist von der Vork. zugesetzt, weil ein Rechtsgeschäft, welches keinen Betrug und keine Freigebigkeit enthält, den K.Anspruch der Gläubiger nur dann verletze, wenn es den Stand der Masse beeinträchtigt. Wer ein angemessenes Entgelt giebt und das Vermögen des Schuldners nicht verringert, soll nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß der Erfolg vielleicht das Geschäft zu einem nachtheiligen stempelt. Entsprechend dem Anfechtungsgrunde, welcher auf der Wissenschaft des anderen Theils „zur Zeit, als er das Geschäft einging" beruht, kommt es für dies Requisit nur darauf an, daß das Rechtsgeschäft zur Zeit der Vornahme für die Gläubiger nachtheilig war. Mot. 117, 118. Um dies schärfer auszudrücken, ist statt der Fassung des Entw.: „eingegangenen, die Gläubiger benachtheiligenden, Rechtsgeschäfte" von der R.K. die jetzige Fassung beschlossen: „Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die K.Gläubiger benachtheiligt werden". Prot. 20, 21.

Diese Voraussetzung ist eine für Nr. 1a besonders geltende, für Nr. 1b, Nr. 2 nicht anwendbare Ausnahme von der sonstigen allgemeinen Regel, daß es für Anfechtungen nicht darauf ankommt, ob durch die Rechtshandlung das zur Zeit derselben vor-

handene Vermögen des G.Schuldners vermindert wird, vgl. Anm. 1 zu § 22. Das Erforderniß ist nur als objektives für die Qualität des Rechtsgeschäfts vorgeschrieben. Die Kenntniß des anderen Theils von der Benachtheiligung ist nicht verlangt, vgl. Anm. 4.

Eine Benachtheiligung durch das Rechtsgeschäft, zur Zeit desselben, ist vorhanden, wenn der Werth der Gegenleistung, welche der G.Schuldner erhält, geringer ist, als der von ihm aufgegebene. Ist dies der Fall, so wird die Anfechtbarkeit, welche bei vorhandener Benachtheiligung zulässig ist, auch dann nicht ausgeschlossen, wenn sonst nach dem bürgerlichen Rechte die Läsion überhaupt nicht oder nur bei bestimmter Höhe der Differenz des wahren und des bedungenen Werths einen Widerspruch gegen das Rechtsgeschäft begründen würde, H.G.B. Art. 286; A.L.R. I. 11 §§ 59 ff. Ob eine etwa geringe Differenz mit Rücksicht auf die Unsicherheit genauer Schätzung eine „Benachtheiligung" enthält, unterliegt nach dem hier anwendbaren § 260 C.P.O. der freien Ueberzeugung des Prozeßgerichts. — Hiernach ist zu entscheiden, ob eine Benachtheiligung bei den unter Nr. 1a fallenden Rechtsgeschäften vorliegt, also namentlich beim Kaufe oder Verkaufe einer Sache oder Forderung, bei Hingabe an Zahlungsstatt, Vergleichen, gewagten Geschäften (hier wohl immer), Darlehnsgeschäften; ferner bei den mit Anderen als den Gläubigern des G.Schuldners (vgl. Anm. 2) eingegangenen Rechtsgeschäften über Wechselverpflichtungen, Pfand- und Retentionsrechten. Auch unerfüllte Verträge sind nach Nr. 1a anfechtbar, ohne Rücksicht, ob die §§ 15 ff. darauf anwendbar sind. Sind sie nachtheilig und vom G.Schuldner ganz oder theilweise erfüllt, so kann sie der Verwalter behufs der Zurückerlangung des Gegebenen (s. § 30) anfechten; den vom anderen Theile erfüllten nachtheiligen Geschäften bez. der darauf gegründeten K.Forderung kann er die Einrede aus der Anfechtung entgegenstellen, vgl. § 31. Für die Fälle der §§ 17, 18 mag er erwägen, ob er durch Anfechtung noch früher, als nach §§ 17, 18 zur Auflösung des Verhältnisses gelangt. Stieglitz S. 134. — Auch die bloße Verzögerung der Befriedigung ist eine Benachtheiligung. Reichsger. in Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 24 S. 1066.

Entscheidend ist, ob „die K.Gläubiger", d. h. die für sie bestimmte K.Masse, welche ohne die Benachtheiligung unverkürzt erhalten sein würde, benachtheiligt sind; nicht ob Absonderungsberechtigte, welche ohnehin nach §§ 22, 29 dies Anfechtungsrecht nicht haben.

Die Masse wird durch das Rechtsgeschäft nicht benachtheiligt, wenn ein Schuldner des Kridars demselben gewährt, was er schuldig war. Im E. I. § 28 waren als anfechtbar auch alle Leistungen bezeichnet, welche ein Schuldner an den G.Schuldner auf eine von den Wirkungen des K.Verfahrens nicht ausgeschlossene Verbindlichkeit ohne Zwangsvollstreckung vorgenommen hat. Von der Vork. wurde diese Ausdehnung der Anfechtbarkeit gestrichen, weil der Schuldner des Kridars dann nur that, was er thun mußte. Mot. 121. Vgl. Mot. v. 1873 S. 155. Die von dem G.Schuldner mit seinem Schuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, welche ohne positive Erfüllung Verabredungen über Befreiung, über eine Erfüllung zu anderer Zeit oder in anderer Art, über Novation und dergl. enthalten, bleiben der Anfechtung unter den gleichen Bedingungen, wie andere Rechtsgeschäfte unterworfen. Vgl. Entsch. 76, 324 ff. Reichsger. in Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 24 S. 1065. Die Leistung des an den G.Schuldner Geschuldeten fällt auch nicht unter Nr. 1b oder Nr. 2, weil hier das Verhältniß zu Gläubigern des G.Schuldners vorausgesetzt ist. Leistet der Drittschuldner auf Anweisung des G.Schuldners an einen Gläubiger das Geschuldete, so ist dies diesem Gläubiger gegenüber aus Nr. 1b oder Nr. 2 anfechtbar; die Anfechtung dem Drittschuldner gegenüber ist auch dann ausgeschlossen, weil eine Benachtheiligung durch die Leistung fehlt. Leistung an einen Gläubiger ohne Auftrag oder Genehmigung des G.Schuldners ist negotiorum gestio,

und nicht ein von dem G.Schuldner eingegangenes Rechtsgeschäft, gehört also aus diesem Grunde nicht unter Nr. 1a. Ob und wieweit dies für den Leistenden gegenüber dem G.Schuldner liberatorische Wirkung hat, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Vgl. A.L.R. I. 13 §§ 228 ff. 258. Stieglitz S. 144, 145. Aus § 24 ist indeß auch die Leistung des Geschuldeten an den G.Schuldner anfechtbar, Anm. 2 zu § 24. — Quittungen kommen nur als Beweismittel in Betracht; nicht die Quittung ist anzufechten, sondern die Rechtshandlung, worauf sie beruht.

4) Zu Nr. 1 Satz 1 und 2 (1 a und 1 b). Für beide Sätze der Nr. 1 ist Voraussetzung, daß „dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging bez. die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war.“ Diese Kenntniß ist nach der legislatorischen Motivirung (Anm. 1 und Vorbem. 1 vor § 22), wie nach dem Wortlaut des § 23 selbst das in Betreff des Anfechtungsgegners passiv-subjektiv wesentliche Moment, um den Anfechtungsanspruch gegen ihn zu begründen. Die Kenntniß dieser für das Dispositionsverbot unter der Voraussetzung demnächstiger K.Eröffnung entscheidenden Momente konstituirt den dolus, welcher für die gesetzliche Annahme bewußter Rechtsverletzung nöthig ist, aber auch genügt. In Frage steht nur die vom anderen Theile begangene Rechtsverletzung, also auch nur dessen Kenntniß. Daß zugleich der G.Schuldner bewußt verletzte und der andere Theil nur dessen Theilnehmer an der Rechtsverletzung war, wird vom Gesetze nicht verlangt (gegen Mandry S. 375, 379, 381, vgl. Otto S. 118); die Kenntniß des G.Schuldners z. B. vom Eröffnungsantrage eines Dritten, kann fehlen und der Akt kann in Fällen der Nr. 1 gegen den Willen des G.Schuldners erfolgen. — Entscheidend ist nach dem Wortlaute nur die Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder von dem Eröffnungsantrage. Die Kenntniß von einer schlechten Vermögenslage des G.Schuldners genügt nicht; die Kenntniß von der qualifizirten Benachtheiligung für Nr. 1 a (Anm. 3) ist nicht nöthig.

Handelte der andere Theil durch einen Bevollmächtigten, so ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, weil dessen Willenserklärung als die des Vertretenen gilt, die Kenntniß des Bevollmächtigten genügend, um den Anfechtungsanspruch zu begründen. Windscheid § 73 Anm. 16, § 313 Anm. 4. Goldschmidt in Zeitschr. f. Hand. Bd. 16 S. 331, R.O.H. 6, 407. A.L.R. I. 13 § 85, Strieth. 83, 268. Keyßner im deutsch. Handelsbl. 1880 S. 92, 93. Die Anwendung des A.L.R. I. 7 § 22, wornach die Unredlichkeit des Dritten, durch welchen Jemand einen Besitz erworben hat, diesem nicht schadet, steht der Anfechtung nicht entgegen, welche niemals gegen die abstrakte Besitzergreifung als solche, sondern gegen das Eingehen eines Rechtsgeschäfts bez. das Vornehmen einer nach § 23 Nr. 1, 2 besonders charakterisirten Rechtshandlung gerichtet sein muß. Dabei kann nur die Vollmacht zu diesen Rechtsakten, nicht eine Vollmacht zu bloßer Besitzergreifung in Frage kommen. Die Unkenntniß seines Bevollmächtigten befreit andrerseits den Anfechtungsgegner nicht, wenn er selbst Kenntniß hatte. Goldschmidt in Zeitschr. für Hand. Bd. 9 S. 39 ff.

Auch der Prozeßbevollmächtigte, welcher eine Pfändung für einen Gläubiger bewirken läßt und der Gerichtsvollzieher, welcher für ihn pfändet (vgl. Anm. 9 zu Nr. 1b und Nr. 2), sind Beauftragte des Gläubigers, C.P.O. §§ 77, 674, Goldschmidt und Keyßner a. a. O. Ihre Kenntniß bei solchen Pfändungen genügt daher. Da die Sicherungsmaßregeln, welche nach § 98 zulässig sind, insbesondere das Veräußerungsverbot nur nach einem Antrage auf K.Eröffnung statthaft sind, so involvirt die Kenntniß solcher Maßregeln auch die Kenntniß des Eröffnungsantrags.

Entscheidend ist die Kenntniß zur Zeit des Rechtsgeschäfts bez. der Rechtshandlung; mala fides superveniens schadet nicht. — Den Beweis für sämmtliche anfechtungsbegründenden Thatsachen, also auch für die Kenntniß des Gegners für jene Zeit hat der Verwalter zu führen, er mag die Anfechtung durch Klage oder Einrede geltend machen.

Von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist für Nr. 1 keine Ausnahme gemacht. Zu beweisen ist das Doppelte: die Zahlungseinstellung bez. der Eröffnungsantrag und die Kenntniß des Gegners davon. Das Erstere ist für den Gegner die Handlung eines Dritten, mithin ist die Eideszuschiebung darüber nach C.P.O. § 410 nicht zulässig. Vgl. R.Ger. v. 7. Dcbr. 1880 in Jurist. Wochenschr. 1881 S. 22. Ueberhaupt ist die allgemein behauptete „Zahlungseinstellung" nicht eine reine Thatsache, über welche eine Eideszuschiebung zulässig wäre, vgl. Vorb. vor § 94. Dagegen ist die Eideszuschiebung darüber, daß der Gegner die Einbringung des Eröffnungsantrags oder bestimmte die Zahlungseinstellung begründende Thatsachen gekannt habe, nach C.P.O. § 410 für zulässig zu erachten. Entsch. 68, 293. In Betreff der Thatsachen sowie der Kenntniß ist für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung auch wesentlich zu berücksichtigen, ob die eigenen Handlungen, Wahrnehmungen und Kenntnisse des Delaten, seiner Rechtsvorgänger und Vertreter in Frage sind, oder diejenigen Anderer. Vgl. Anm. 5 zu § 24.

5) Zu Nr. 1 Satz 2 (Nr. 1 b) und zu Nr. 2. Der zweite Satz der Nr. 1 und Nr. 2 betreffen die in der kritischen Zeit nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren. Soweit der Erwerb solcher Sicherung oder Befriedigung erst nach der K.Eröffnung vollendet ist, bez. §§ 12, 98 anwendbar ist, bedarf es der Anfechtung nicht, um dieselbe zu beseitigen. Die Anfechtbarkeit anderer vor der K.Eröffnung erfolgter Sicherung oder Befriedigung von Gläubigern, das Gebiet der gemeinrechtlichen s. g. Gratifikationstheorie, vgl. Wengler S. 199 ff., trifft in Folge des natürlichen Andrängens der Gläubiger die häufigsten, durch Begünstigung einzelner Gläubiger am meisten gefährdenden und am meisten streitigen Rechtshandlungen. Für alle Fälle Nr. 1b und Nr. 2 gemeinsam ist, daß nur Konkursgläubiger betroffen werden, daß Sicherungs- und Erfüllungshandlungen für dieselben in Betracht kommen, und daß deren Anfechtbarkeit ohne Rücksicht darauf, ob die Handlungen mit, ohne oder gegen den Willen des G.Schuldners erfolgen, gestattet ist.

Unter den Konkursgläubigern sind bei der Anwendung dieses Begriffs auf das Vorstadium vor der K.Eröffnung sinngemäß solche Gläubiger verstanden, welche, wenn im Vorstadium schon Konkurs eröffnet wäre, K.Gläubiger sein würden, die Rechtmäßigkeit ihres Anspruchs vorausgesetzt (welche freilich hinfällig ist, wenn sie zu den unter Nr. 2 mitbegriffenen gehören, welche nichts zu beanspruchen haben). Gegen Aussonderungsberechtigte ist die Anfechtung aus Nr. 1 b und Nr. 2 nicht statthaft. Ebenso nicht gegen Absonderungsberechtigte (z. B. Vermiether bei Pfändung von eingebrachten Sachen des Miethers) d. h. nicht gegen solche, welche ein Absonderungsrecht schon in diesem Vorstadium haben, soweit ihr Absonderungsrecht reicht und nicht etwa gemäß §§ 17, 18 beseitigt wird. Soweit hiernach ein Gläubiger nur eine Konkursforderung behält, § 21, bleibt er für diese auch der Anfechtung nach Nr. 1 b und 2 unterworfen; ebenso ein anderer Gläubiger hinsichtlich einer erst in dem Vorstadium erfolgten Gewährung eines Absonderungsrechts. Stieglitz S. 137, 138; v. Völdernborff I. S. 278; Otto S. 120.

Der Nachweis einer durch die Sicherungs- oder Erfüllungsverhandlungen zur Zeit derselben erfolgten Benachtheiligung, wie für Nr. 1 a Anm. 3, ist für Nr. 1 b unmöglich und für Nr. 2 nicht verlangt. Es bewendet bei der allgemeinen Regel, Anm. 1 zu § 22, daß die allgemeine Masse schon dadurch benachtheiligt ist, daß in derselben die entzogenen Werthe fehlen, während die K.Gläubiger nicht oder nicht vollständig befriedigt werden, wie der Konkurszustand ergiebt.

Anfechtbar sind nach Nr. 1 b wie nach Nr. 2 nicht nur vertragsmäßige oder freiwillige Sicherheits- oder Erfüllungshandlungen des G.Schuldners, sondern auch solche, welche gegen diesen durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erzwungen sind. Vgl. Anm. 2 zu § 28. Im Entw. war zu Nr. 1 b redigirt: „die — von ihm

(dem G.Schuldner) an einen K.Gläubiger vorgenommenen Leistungen, wenn dem Gläubiger u. s. w." Dafür ist von der R.K. die jetzige Redaktion: „die — erfolgten Rechtshandlungen, welche einem K.Gläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn u. s. w." beschlossen, um auch diejenige Sicherung und Befriedigung zu umfassen, welche der G.Schuldner nicht selbst vorgenommen habe, sondern welche durch Vermittelung des Gerichts bez. durch staatliche Vollstreckungsorgane vollstreckt sei, also namentlich desfallsige Grundbucheintragungen und Pfändungen. Aus demselben Grunde ist unter Nr. 2 das Wort: „erfolgten" (statt „vorgenommenen" Rechtshandlungen „des G.Schuldners", wie der Entw. sagte) gesetzt; desgleichen ebenso im § 26. Prot. 20—22, 25. Hiernach sind nicht nur Rechtshandlungen, welche in Folge von Zwangsvollstreckungen oder Arresten von dem G.Schuldner selbst geleistet werden, sondern die Pfändungen bez. Vollstreckungshandlungen selbst als die im Sinne des § 23 „erfolgten Rechtshandlungen" anfechtbar, weil sie kraft Gesetzes als die seinigen gelten, auch wenn sie ohne oder gegen seinen Willen erfolgt sind. Vgl. Anm. 1 zu § 22, Anm. 2 zu § 28. Anzufechten ist aus diesem Grunde die Pfändung bez. die Vollstreckungshandlung, durch welche Sicherung bez. Befriedigung gewährt wird. Vgl. hierüber ferner Anm. 9 II.

6) Zu Nr. 1 Satz 2 (Nr. 1 b). Der zweite Satz der Nr. 1 umfaßt im Gegensatze zu Nr. 2 Sicherungs- und Erfüllungshandlungen, welche der Gläubiger zur Zeit ihrer Leistung beanspruchen könnte, — wenn die Anfechtung nach Nr. 1 b nicht begründet wäre. Als Verletzung des K.Anspruchs der Gläubiger auf gemeinsame Vertheilung wird es angesehen, wenn nach dem materiellen Bestehen dieses Anspruchs, denselben kennend, ein einzelner Gläubiger (wenngleich nur in Höhe und zur Fälligkeitszeit seiner Forderung) befriedigt oder gesichert wird. Mot. 119. Die Leistung der Schuld seitens des G.Schuldners (nicht blos Zahlung, sondern jede Erfüllung eines Sicherungs- oder Befriedigungsanspruchs) darf der Wissende nicht annehmen. Betroffen sind von Nr. 1 b nur solche Rechtshandlungen, durch welche der Gläubiger diejenige Sicherung oder Befriedigung erhält, welche er an sich zu beanspruchen hat, — über den Begriff der „Rechtshandlungen" s. Anm. 1 zu § 22 —, also auch die Erfüllung von alternativen Leistungen, auch wenn der G.Schuldner zur Wahl berechtigt ist. Sind die Kontrahirung der Schuld und die Sicherung oder Befriedigung in der kritischen Zeit erfolgt, so ist beides anfechtbar, die Schuld aus Nr. 1 a, Sicherung bez. Erfüllung aus Nr. 1 b.

Der Anfechtung steht nicht entgegen, daß die Leistung an einen Bevollmächtigten des Gläubigers erfolgte, vgl. Anm. 4 und die dortigen Citate; oder an einen Unbeauftragten, falls dessen Thätigkeit von dem Gläubiger genehmigt wird. Windscheid § 74 Anm. 5. A.L.R. I. 13 §§ 142, 239 (andernfalls § 240).

Auf die Uebernahme von Wechselverpflichtungen zur Sicherung oder Befriedigung eines Gläubigers findet Nr. 1 b ebenfalls Anwendung, (vgl. Anm. 2, indeß auch Anm. 9); auf Wechselzahlungen nur, soweit § 27 nicht modifizirt.

Nach der besonderen Vorschrift des § 13 Abs. 3 Ges. v. 21. Juli 1879 findet auch auf die Anfechtung derjenigen Sicherung oder Befriedigung, welche ein Gläubiger in Folge eines außerkonkursmäßigen Anfechtungsanspruchs erlangt hat, der § 23 Nr. 1 „entsprechende Anwendung", ohne Rücksicht, ob dabei eine Rechtshandlung des G.Schuldners oder gegen diesen konkurrirte, sowie ohne Rücksicht darauf, daß der Gegner das ihm Gewährte nicht aus dem Vermögen des G.Schuldners, sondern von seinem Anfechtungsgegner erhielt. Vgl. Anm. 2 zu § 29. — Ueber die Sicherheitsgewährung zu Nr. 1 b und 2 vgl. ferner Anm. 9.

7) Zu Nr. 2. Im Gegensatze zu Nr. 1 Satz 2 betrifft Nr. 2 die s. g. objektiven Begünstigungen eines Gläubigers durch eine Sicherung oder Befriedigung, welche er zur Zeit derselben auch ohne Anfechtbarkeit nicht beanspruchen konnte. Erlangt, sagen die Mot., ein Gläubiger nach dem Ausbruche der Zahlungsunfähigkeit oder kurz (10 Tage)

vorher eine Sicherung oder Befriedigung, auf welche er keinen rechtlichen Anspruch hat, „so wird man zu der Vermuthung gedrängt, daß der Gläubiger die Lage des Schuldners, die stattgehabte Zahlungseinstellung oder die Einbringung des K.Antrages gekannt oder daß er gewußt habe, daß der Schuldner ihn vor Thoresschluß habe begünstigen wollen; wenigstens wird man von ihm verlangen dürfen, daß er sich nach den Verhältnissen erkundige. Darum erfordert das Gesetz für die Anfechtung dieser begünstigenden Rechtsgeschäfte nicht die Kenntniß des Gläubigers vom Eintritt des K.Anspruchs, § 23 Nr. 1, oder vom dolus des Schuldners, § 24 Nr. 1; — sondern gewährt ihm nur einen Einwand gegen die Anfechtung; es erhält die Befriedigung 2c. des Gläubigers nur dann aufrecht, wenn dieser seinen guten Glauben nachweist." Mot. 125, 126. Hierauf beruht die Bestimmung unter Nr. 2. Voraussetzung ist eine Sicherung oder Befriedigung, welche der Gläubiger nicht oder nicht in der Art oder nicht in der Zeit zu beanspruchen hatte. Abweichend vom § 23 Nr. 1 ist dann die Beweislast hinsichtlich der Kenntniß dem Gläubiger auferlegt und die Anfechtbarkeit auch auf die zehn Tage vor dem sonst kritischen Momente ausgedehnt. Zu den unentgeltlichen Verfügungen im Sinne des § 25 Nr. 1 ist die Gewährung einer solchen Sicherung oder Befriedigung nicht zu rechnen. Mot. 123. Der Rechtsgrund für die Anfechtung bleibt der dolus im weiteren Sinne. Mot. 125. Vgl. Anm. 1. Außer dem objektiven Charakter der von Nr. 2 betroffenen Kategorie von Rechtshandlungen, vgl. Anm. 8, 9, sind für Nr. 2 charakteristisch: die Präsumtion des dolus, vgl. Anm. 10, und die Ausdehnung auf solche Rechtshandlungen, welche in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgt sind. Für die Zeitberechnung der 10 Tage ist C.P.O. § 199 (vgl. K.O. § 65) nicht maßgebend, da es sich hier nicht um eine prozeßrechtliche, sondern um eine civilrechtliche Frist handelt. Das bürgerliche Recht ist anwendbar. Nach gemeinem, wie nach preuß. Rechte ist die s. g. computatio civilis nicht a momento ad momentum, sondern a die ad diem, den Kalendertag von Mitternacht bis Mitternacht gerechnet, maßgebend, so daß der Tag vor dem Tage der Zahlungseinstellung oder der K.Eröffnung der letzte der „letzten 10 Tage" ist. Windscheid § 120 Nr. 2 a. A.L.R. I. 3 § 45. Strieth. 34, 236; 61, 8. Stieglitz S. 140; Hullmann S. 141; Otto S. 193, 194.

8) Unter Nr. 2 gehört jede Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung, welche der Gläubiger entweder überhaupt nicht, oder nicht in der (gewährten) Art oder nicht in der Zeit (der erfolgten Gewährung) zu beanspruchen hat. Zu „beanspruchen" hat der Gläubiger nur, was er rechtlich und klagbar verlangen kann. Jede andere Leistung ist unter den Voraussetzungen der Nr. 2 anfechtbar. Eine Exemplifikation ist absichtlich vermieden. Es gehören dazu insbesondere Zahlungen vor der Verfallzeit, datio in solutum, Zahlung in anderer Weise als durch baares Geld, Zahlungen durch Handelspapiere, soweit nicht der Gläubiger verpflichtet ist, solche als Zahlung anzunehmen. Zulässig ist „auch die Anfechtbarkeit einer Erfüllung, während noch eine Suspensivbedingung schwebte, oder der Erfüllung einer überhaupt nicht klagbaren Forderung, die Anfechtbarkeit einer zwischen dem Gläubiger und dem G.Schuldner getroffenen Vereinbarung über Abkürzung der Verfallzeit oder eines anderen zur Befriedigung des Gläubiger dienenden Rechtsgeschäfts, namentlich des Herbeiführens der Kompensabilität einer K.Forderung durch Abschluß eines den Gläubigern verpflichtenden Rechtsgeschäfts (Strieth. 58, 175; 77, 148; R.O.H. 7, 335; 10, 209); die Anfechtbarkeit eines Retentionsrechts, auch des nach Art. 313—315 begründeten Zurückbehaltungsrechts". Mot. 126—128. Vgl. auch R.O.H. 15, 80; 18, 65.

Abgesehen von der Sicherung (darüber s. Anm. 9) ist hervorzuheben: Als anfechtbare Hingabe an Zahlungsstatt (Erfüllung in anderer „Art") ist es nicht anzusehen, wenn die Erfüllung in der gewährten Art handelsgebräuchlich angenommen werden muß,

— was namentlich Anwendung findet, wenn statt gesetzlichen baaren Geldes die allgemein wie Geld behandelten Geldzeichen, Reichskassenscheine, Reichsbanknoten und die im deutschen Reiche allgemein kursirenden deutschen Privatbanknoten gegeben und angenommen werden, vgl. Koch in Busch Zeitschr. Bd. 3 S. 363, — H.G.B. Art. 1, 279, Mot. 126, 127; in solchem Falle ist also nicht aus Nr. 2, sondern nur aus Nr. 1b anzufechten. — Zahlung innerhalb der kritischen Zeit, indeß nach Ablauf der maßgebenden Kündigungsfrist, gehört nicht unter Nr. 2, sondern unter Nr. 1b, Entsch. 76, 319; eine Kündigung während des Laufes der kritischen Frist ist durch das Gesetz nicht ausgeschlossen. — Hinsichtlich einer Erfüllung vor der Verfallzeit ist die Anfechtbarkeit nach dem Zusammenhange des Wortlauts aus Nr. 2 stets statthaft, auch wenn die Verfallzeit nachher noch in die kritische Zeit fällt. — Die Anfechtung der Uebernahme von Wechselverpflichtungen, durch § 27 nicht berührt, ist aus Nr. 2 statthaft, sofern die Voraussetzungen vorliegen, vgl. Anm. 2, und nicht durch einen Anspruch auf Sicherheit nach Art. 26, 29, 98 Nr. 4 W.O. beseitigt sind. — Hinsichtlich der Wirkung der Anfechtung dahin, daß nicht blos der Vortheil der Vorzeitigkeit bez. der Artveränderung entzogen wird, vgl. § 30.

9) Zu Nr. 1 Satz 2 und Nr. 2. Besonderer Erörterung bedarf die Gewährung einer Sicherung, welche in Folge der einer K.Eröffnung vorangehenden Arreste und Zwangsvollstreckungen bei weitem die häufigsten Fälle der Anwendbarkeit des § 23 bietet und tägliche Kost in Konkursen ist. Vgl. Anm. 5.

I. Nicht betroffen wird von § 23 eine Sicherung, welche ein Dritter für den G.Schuldner gewährt; sie kann nur im Konkurse über das Vermögen des Dritten in Betracht kommen. Die Sicherung (Bürgschaft, Pfand-, Hypothek-Bestellung), welche der G.Schuldner für einen Dritten, welcher nicht sein Gläubiger ist, gewährt, fällt unter Nr. 1a oder § 25.

Die Frage, zu welcher Zeit eine Sicherheit gewährt sei, ist identisch mit der für § 12 maßgebenden Frage, wann ein Pfand- oder Hypothekenrecht erworben ist. Sie ist nach den in den Anm. zu § 12 erörterten Grundsätzen zu entscheiden; unter Berücksichtigung natürlich der nach Nr. 1 bez. 2 maßgebenden Zeiten, ihrer Verschiedenheit und der Verschiedenheit der sonstigen Voraussetzungen; sowie der Verschiedenheit der Wirkungen nach § 12 bez. § 23. Abweichend vom § 12 (vgl. Anm. 4 dazu) ist indeß auch die Anfechtbarkeit der Retentionsrechte gemäß Art. 313—315 H.G.B. möglich, wenn mit dem Willen des G.Schuldners Sachen desselben nach der kritischen Zeit in den Besitz des andern Theils gekommen sind. Stieglitz S. 138. — Alle zum Erwerbe der Sicherheit nöthigen Erwerbsakte müssen vor der kritischen Zeit erfolgt sein, um die Anfechtbarkeit je nach Nr. 1 oder 2 auszuschließen. Ist dies der Fall, so bleibt es ohne Einfluß, ob der Erfolg der Rechtshandlung, durch welche die Sicherung gewährt wird, — so die Grundbucheintragung nach Präsentation der Hypothekbestellung nach preuß. Recht, der Verkauf nach der Pfändung — erst nach Beginn der kritischen Zeit eingetreten ist. Anm. 1; Mot. 128. — Eine Sicherheit (Kaution), welche schon vor der kritischen Zeit bestellt ist, wird nicht dadurch anfechtbar, daß die Forderung, welche dadurch gedeckt wird, erst später entstanden ist; nicht die Kontrahirung der Forderung, sondern die Sicherung unterliegt der Anfechtung aus diesem Grunde. R.O.H. 14, 72. — Zur Anwendbarkeit der Nr. 2 ist aber ferner nöthig, das der Gläubiger die Sicherung nicht zu beanspruchen d. h. nicht schon vorher einen klagbaren Anspruch darauf hatte. Hatte er einen solchen Anspruch, so ist Nr. 2 auch dann ausgeschlossen, wenn die freiwillige oder erzwungene Feststellung des Anspruchs oder dessen Verwirklichung erst nach Beginn der zehn Tage erfolgt ist. Mot. 130. Eine Sicherung für eine Wechselforderung ist demnach aus Nr. 2 nicht anfechtbar, wenn der Gläubiger gemäß Art. 26, 29, 98 Nr. 4 W.O. einen Anspruch auf Sicherheitsleistung hatte.

Durch das Recht auf Befriedigung einer fälligen Forderung hat der Gläubiger nicht ein Recht auf Sicherung. Erlangt er (freiwillig oder exekutivisch) ein Pfandrecht, so wird ihm in anderer Art gewährt, als er zu fordern hat und das Pfandrecht ist nach Nr. 2 anfechtbar. Es ist nicht ein minus, sondern etwas generisch Anderes gewährt. R.G. 2, 374, 378. Auch durch die gesetzliche Befugniß, einen Arrest zu bewirken und durch einen auf Befriedigung gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel, welcher Recht und Pfändung an sich begründet, wird ein solcher Anspruch auf Sicherung im Sinne des § 23 Nr. 2 nicht begründet und die Pfändung der Anfechtbarkeit nicht entzogen. R.G. 6. Dezbr. 1880 in Jurist. Wochenschr. 1881 S. 22.

II. Wie in Anm. 5 bemerkt, ist nach §§ 23, 28 die durch Zwangsvollstreckung oder Arrest bewirkte Pfändung, auch abgesehen von einer Anfechtbarkeit der Forderung, für sich selbst anfechtbar, aus Nr. 1b bez. aus Nr. 2 je nach den sonstigen Voraussetzungen.

Die Mot. bemerken darüber in ihrem Abschnitte betreffend § 23 Nr. 2 S. 128: „Die Anfechtbarkeit eines durch Urtheil oder Zwangsvollstreckung begründeten Hypotheken-Pfandrechts wird sich darnach richten, ob das Urtheil erst nach Beginn der 10 Tage ergangen war und nicht schon vorher dem Gläubiger ein klagbarer Anspruch auf die Sicherung zustand. Hatte der Gläubiger schon vor Beginn des kritischen Zeitraums eine richtige oder vertragsmäßige Hypothek gültig erworben oder einen Rechtsanspruch auf den Erwerb erlangt, so ist die demnächst erfolgende Eintragung der Hypothek nicht nach der Nr. 2 des § 23 anfechtbar." Der erstere Satz soll betonen, daß ein erst nach Beginn der 10 Tage ergehendes Urtheil keinen Anspruch auf Pfandsicherheit begründen kann, wenn nicht schon vorher ein Sicherungsanspruch vorhanden war; und der letztere Satz hebt hervor, daß ein Anspruch auf Pfandsicherheit bez. eine wenngleich erst später erfolgende Eintragung der Hypothek nach Nr. 2 unanfechtbar bleibt, wenn vorher schon jener Anspruch begründet war, bez. vorher schon das Hypothekenrecht — nach preuß. Rechte durch Präsentation des Antrags vor der wirklichen Eintragung — erworben war, übereinstimmend mit den obigen Bemerkungen zu I. bez. den Anm. zu § 12. Das Verhältniß der Anfechtung zur Pfändung ist damit nicht erschöpft; sondern im Wesentlichen darin nur berührt, wann die Anfechtung eines Pfandrechts ausgeschlossen ist.

Ausgeschlossen ist jede Anfechtung einer Pfändung aus § 23, wenn vor Beginn der 10 Tage das Pfandrecht erworben, also vorher die Pfändung einschließlich der etwa zum Hypothekenerwerb nöthigen Akte erfolgt war. Ist dies der Fall, so bleibt das Pfandrecht unanfechtbar, auch wenn die Forderung selbst bedingt oder deren Prozeß-Feststellung noch nicht erfolgt war, sondern erst in der kritischen Zeit oder auch dann noch nicht erfolgte. Es liegt dann keine dem § 23 Nr. 1 oder Nr. 2 unterliegende Sicherungshandlung vor, weil dessen Zeitbestimmungen dann nicht zutreffen. Dies gilt auch zu Gunsten einer Arrestpfändung, selbst wenn noch kein vollstreckbares Urtheil in der Hauptsache ergangen ist. Der § 28 ist ausgeschlossen, weil die anzufechtende Handlung d. i. die Pfändung eben hier nicht anzufechten ist.

Erfolgte die Pfändung während der letzten 10 Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage, so ist nur eine Anfechtung aus Nr. 2 denkbar. Sie ist ausgeschlossen, wenn schon vor Beginn der 10 Tage ein Anspruch auf Sicherung begründet war; denn dann wurde dem Gläubiger nur gewährt, was er zur Zeit in derselben Art beanspruchen konnte. Die Anfechtung der Pfändung ist aber nicht ausgeschlossen, wenn vor oder nach Beginn der 10 Tage ein Anspruch auf Befriedigung durch ein vollstreckbares Urtheil festgestellt wurde; denn durch die Pfändung wird ihm nicht in der „Art" gewährt, was er zu beanspruchen hatte, sondern etwas Anderes und die Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels für die Pfändung ist nach § 28 nicht zu berücksichtigen. Vgl. vorsteh. zu I. am Schlusse und Anm. 1, 2 zu § 28. Praktisch wird in diesem Falle der Gläubiger, welcher durch Urtheil ohne bez. gegen den Willen

des G.Schuldners vor der Zahlungseinstellung bez. vor dem Eröffnungsantrage ein Pfandrecht erworben hat, den ihm obliegenden Beweis, daß ihm eine Absicht des G.Schuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, vgl. Anm. 10, in den Regelfällen leicht zur Ueberzeugung des Richters führen können, wenn nicht besondere Umstände den Verdacht einer Kollusion mit dem G.Schuldner erwecken. Vgl. R.G. 6. Decbr. 1880. Jurist. Wochenschr. 1881 S. 23.

Erfolgte die Pfändung erst nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage, so ist die Anfechtung aus Nr. 1b und aus Nr. 2 zulässig. War schon vor dieser Zeit ein Sicherungsanspruch begründet, erhielt also der Gläubiger nur, was er zur Zeit in gleicher Art beanspruchen konnte, so ist nur Nr. 1b anwendbar; zur Begründung eines solchen Sicherungsanspruchs kann er sich aber mit Rücksicht auf § 28 nicht darauf berufen, daß er, — wenngleich schon vorher — einen vollstreckbaren Titel, Urtheil oder Arrestbeschluß erlangt hätte. War vor dieser Zeit ein Sicherungsanspruch nicht begründet, so ist auch Nr. 2 anwendbar und zwar selbst dann, wenn der Gläubiger einen vollstreckbaren, auf Befriedigung gerichteten, Schuldtitel erlangt hat, welcher auf eine Gewährung andrer Art, als die erlangte, gerichtet ist. Je nach der Anwendbarkeit der Nr. 1b oder Nr. 2 entscheidet sich, wer den schwierigen Beweis zu führen hat, daß oder daß nicht der Gläubiger die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag gekannt habe. Anm. 4, 10.

Entsprechend gelten die gleichen Grundsätze für die Anfechtung von Vollstreckungsakten, welche nicht nur ein Pfandrecht, sondern Befriedigung bewirken. Die anzufechtenden Akte sind stets die Rechtshandlungen, durch welche Sicherung bez. Befriedigung gewährt wird, — nicht die bloß vorbereitenden bez. nur die Möglichkeit gewährenden: Urtheil, Arrestbeschluß, Vollstreckungsklausel; auch nicht der Erfolg: Verkauf des Pfandes, Eintragungsverfügung. Entscheidend ist also, ob jene Akte in die kritische Zeit fallen, mithin als Sicherungshandlungen: die Pfändung einer Sache, einer Forderung bez. eines Anspruchs, C.P.O. §§ 709, 730, 754, ferner der landesgesetzliche Akt, durch welchen für einen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes das dingliche Recht auf unbewegliches Vermögen gesichert wird, C.P.O. §§ 757, 811; daher nach preuß. Ges. v. 4. März 1879 betr. Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen die Einreichung und Präsentation des Antrags auf Grundbuch-Eintragung einer vollstreckbaren Forderung auf einem Grundstücke des G.Schuldners; nach § 16 preuß. Ges. v. 24. März 1879 die Einreichung und Präsentation des Antrags auf Eintragung der Pfändung oder Ueberweisung einer Hypothekenforderung des G.Schuldners; nach § 18 preuß. Ges. v. 24. März 1879, und C.P.O. §§ 815, 808 nebst Eig.-Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 16, 22, 70 die Vollziehung der auf Eintragung einer Vormerkung gerichteten einstweiligen Verfügung, soweit eine Vormerkung überhaupt ein dingliches Recht giebt, vgl. Anm. 3 zu § 12; — ebenso als Befriedigungshandlungen die der Befriedigung gleichgestellten Vollstreckungshandlungen, C.P.O. §§ 716 Abs. 2, 720, 736, 757. — Ueber den Gerichtsstand, die Prozeßformen und Anträge auf Sistirung von Verkäufen u. s. w. vgl. Anm. 5 zu § 22.

III. Die Vorschriften des § 23 hinsichtlich der Sicherung (sowohl zu Nr. 1 als zu Nr. 2) sind nicht anwendbar, wenn vertragsmäßig (vor oder auch nach Beginn der kritischen Zeit) Forderung und Pfand- oder Hypothekenbestellung gleichzeitig begründet sind; oder wenn unter bez. nach Sicherstellung ein Darlehn oder eine andere Forderung kontrahirt wird (vgl. Entsch. 59, 436). Dies ist ein neues Rechtsgeschäft, welches nur unter denselben Voraussetzungen, wie sonstige Rechtsgeschäfte, anfechtbar ist, §§ 23 Nr. 1 24, 25; es ist nicht eine Sicherung einer bereits begründeten Forderung. Nur eine nachträgliche Sicherung einer schon vorhandenen Verpflichtung wird vom § 23 (abgesehen von den Rechtsgeschäften zu Nr. 1) betroffen. „Der Entw. — sagen die Mot. 130 — spricht daher

nur von der Sicherstellung eines „K.Gläubigers", setzt also voraus, daß schon vor ihr die Forderung existirte." Wann aber (vor der Sicherung) die Forderung zur Existenz gelangt ist, erscheint unerheblich. Ist die Forderung selbst (vor der Sicherung) erst nach Beginn des kritischen Zeitraums entstanden, so bleibt natürlich § 23 Nr. 2 für die Anfechtbarkeit der Sicherung, (abgesehen von der Zulässigkeit der Anfechtung der Forderung selbst nach § 1a) anwendbar. Falls in de kritischen Zeit eine ältere Forderung novirt und für die neue Forderung gleichzeitig eine Verpfändung vorgenommen wird, würde die Novation selbst unter die Bestimmung des § 23 Nr. 2 fallen. Anm. 7; Strieth. 61, 9. Ueber die Abweichung des § 23 Nr. 2 von P. § 101 Nr. 1 (Pfand- oder Hypothekbestellung vor den 10 Tagen „ausbedungen") vgl. Strieth. 45, 185. R.O.H. 5, 110; 7, 333 gegen Mot. 130. Außerdem ist P. § 101 Nr. 1 auch über Pfand- und Hypothekenbestellungen hinaus im § 23 Nr. 2 auf Sicherung durch Retentionsrechte ausgedehnt.

10) Der Unterschied in den subjektiven Voraussetzungen der Nr. 1 und Nr. 2 liegt in dem den Anfechtungsgrund bildenden dolus und in der Bestimmung der Beweislast. Nr. 2 setzt in allen Fällen voraus, a. daß der G.Schuldner zur Zeit der anzufechtenden Handlung die Absicht gehabt hat, seinen von Nr. 2 allein betroffenen Gläubiger vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, diese also zu benachtheiligen, und b. daß der Gläubiger diese Absicht gekannt hat. Diese Normirung des dolus entspricht dem für § 24 erforderten dolus. Darüber, wessen dolus entscheidet, wenn der eine oder andere Theil durch Stellvertreter handelte, gilt das in Anm. 4 Bemerkte.

Dadurch, daß die Beweislast für das Nichtvorhandensein der subjektiven Voraussetzungen dem Anfechtungsgegner auferlegt und zugleich der Beweis zur Ausschließung der Anfechtbarkeit nothwendig erklärt wird, sind die Voraussetzungen als Grund des Anfechtungsanspruchs aufgestellt. Das Gesetz stellt eine gesetzliche Vermuthung auf, wenngleich nicht eine Fiktion, da der Gegenbeweis eben nicht ausgeschlossen ist. Den Anspruch nur einen quasideliktischen mit Mandry S. 379 zu nennen, weil thatsächlich das Gegentheil wahr sein kann, wenngleich nicht bewiesen, ist nicht begründet. Kraft Gesetzes gilt hier als wahr, soweit das Gegentheil nicht bewiesen ist. Vielmehr wird als Art des dolus — gleich dem § 24 — ein intensiv mehr entschiedener erfordert, als in Nr. 1. Ueber die leichtere Führung des Gegenbeweises bei den gegen den Willen des G.Schuldners erfolgenden Vollstreckungshandlungen vgl. vorst. Anm. 9 II.

Hinsichtlich der Anfechtung eines Akts innerhalb der zehn Tage braucht der Gegner nur diesen Gegenbeweis betreffs der Begünstigungsabsicht zu führen. Ueber die Nicht-Begünstigungs-Absicht des G.Schuldners ist eine Eideszuschiebung an den Verwalter, welcher immer Vertreter des G.Schuldners bleibt, zulässig, sofern nicht nach den Umständen vom Gerichte das Gegentheil als erwiesen erachtet wird. C.P.O. §§ 410, 411, 435. Ueber die Wissenschaft des Gegners kann dem Verwalter, welcher weder Vertreter noch Rechtsvorgänger seines Gegners ist, keinenfalls der Eid zugeschoben werden. — Wird ein nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Eröffnungsantrage erfolgter Akt angefochten, so muß der Gegner außer dem Fehlen bez. seiner Unkenntniß der Begünstigungsabsicht auch seine eigene Unkenntniß von der Zahlungseinstellung und bez. von dem Eröffnungsantrage beweisen. Eine Eideszuschiebung hierüber an den Verwalter ist nach Obigem unzulässig. Die Zeit der Zahlungseinstellung selbst bez. des Antrags muß der Verwalter auch hier beweisen, weil sie zu den objektiven Voraussetzungen gehört, unter welchen Nr. 2 überhaupt nur anwendbar ist. Vgl. ferner über die Beweisführung Anm. 4.

§ 24.

Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen,[1] vorgenommen hat;[2]
2. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen, entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners

   mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe,

   mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,[3]

   sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden[4] und der andere Theil nicht beweist,[5] daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.[1]

E. I. 30. 31. P. 103 Nr. 1. 2.

1) Zu Nr. 1 und 2. Der gemeinschaftliche Anfechtungsgrund für § 24 Nr. 1 und 2 ist der civilrechtliche Betrug, und zwar im Sinne der fraus der actio Pauliana (vgl. Otto S. 97—113), die bewußte gewollte Benachtheiligung der Gläubigerrechte seitens des G.Schuldners und die Kenntniß dieser Benachtheiligungsabsicht seitens des andern Theils, zu dessen Gunsten der G.Schuldner handelte. Ein Kausalzusammenhang, daß die Absicht darauf gerichtet sei, die Gläubiger, welche es zur Zeit der Rechtshandlung sind, zu benachtheiligen, ist nicht erfordert und ist nicht blos in deren Interesse, sondern auch im Interesse späterer Gläubiger die Anfechtung statthaft. Um den Schein der Ausschließung einer solchen Anfechtung zu vermeiden, ist von der Redaktionskommission im Schlußsatze der Nr. 2 die Fassung des Entw.: „seine Gläubiger zu benachtheiligen" in die jetzige Fassung: „die Gläubiger zu benachtheiligen" umgeändert. v. Sarwey S. 146, 147. Die in Nr. 1 stehen gebliebenen Worte: „seine Gläubiger" sind in gleichem Sinne um so mehr auszulegen, als für die Anfechtung aus Nr. 1 nicht einmal, wie für Nr. 2, die Benachtheiligung durch die Rechtshandlung zu den objektiven Voraussetzungen gehört, vgl. Anm. 2. Verschieden ist für Nr. 1 und 2 hinsichtlich dieses Anfechtungsgrundes nur die Beweislast bestimmt; für Nr. 1 hat sie nach dem allgemeinen Grundsatze der Verwalter; für Nr. 2 kraft gesetzlicher Vermuthung für das Bestehen des Grundes der Gegner. Ueber die Zulässigkeit des Beweises durch Eideszuschiebung vgl. Anm. 5.

Ueber den Anfechtungsgrund selbst bemerken die Mot.: „Die Absicht (a) des Gemeinschuldners muß darauf gerichtet gewesen sein, die Gläubiger, sei es einen oder einzelne bestimmte Gläubiger, oder unbestimmt, wen es treffe, durch die Handlung zu benachtheiligen; er muß ihnen einen Gegenstand ihrer Befriedigung haben entziehen oder schmälern wollen. Das Bewußtsein schon vorhandener Insuffizienz kann zwar einen Beweis für die Arglist in sich schließen, wie dies namentlich bei Schenkungen oder begünstigenden Befriedigungen der Fall sein wird; es ist aber mit vollkommen redlicher Absicht verträglich, wie andererseits bei augenblicklich noch vorhandener Suffizienz ein Spekulant arglistig verfahren und, seine dereinstige Zahlungseinstellung voraussehend

oder gar vorbereitend, werthvolle Stücke für sich und seine Familie vor den Angriffen der Gläubiger ins Sichere zu bringen beabsichtigen kann.

(b) Der andere Theil muß diese Absicht gekannt haben; eine weitere Theilnahme an dem Betruge, insbesondere etwa die eigene Absicht, sich zum Nachtheile der Gläubiger zu bereichern, ist hier nicht erforderlich. Ein Betrug gegen die Gläubiger kann auch trotz angemessener Bezahlung verübt werden, wenn z. B. durch den Umsatz der Sache in baares Geld dem verkaufenden Schuldner die Gelegenheit zur Verkürzung der Gläubiger geboten werden sollte, während ein zu wohlfeiler Kauf frei sein kann von jeder Arglist". Mot. 130, 131.

(c) Der gute Glaube: Das Nichtbestehen der Benachtheiligungsabsicht bez. die Unkenntniß einer solchen Absicht, muß, um die Anfechtung auszuschließen, zur Zeit der Rechtshandlung vorhanden gewesen sein; bei zeitlicher Trennung der zur Rechtshandlung nöthigen Akte, also namentlich bei Verträgen, bis zur Vollendung derselben. Dies ist in Nr. 2 ausdrücklich gesagt: „zur Zeit des Vertragsabschlusses" und in Nr. 1 durch die Fassung: „in der dem andern Theile bekannten Absicht vorgenommen" ausgedrückt. Spätere mala fides superveniens schadet nicht.

2) Zu Nr. 1. „Der Anfechtung wegen Betrugs unterliegen alle Handlungen, die eine arglistige Verkürzung der Gläubiger zu enthalten vermögen." In welcher Zeit vor der K.Eröffnung die Handlung erfolgte, ist für Nr. 1 unerheblich. — Nr. 1 ist auf alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners anwendbar. Im E. I. § 31 Nr. 1 waren alle „Rechtshandlungen" als anfechtbar bezeichnet; der E. § 24 substituirte dafür: „Rechtsgeschäfte." Die R.K. hat korrekter und in Uebereinstimmung mit den Mot. den Ausdruck: „Rechtshandlungen" wiederhergestellt. Prot. 22, 23. Was darunter fällt, s. in Anm. 1 zu § 22. Auch eine an den G.Schuldner seitens seines Schuldners erfolgte fällige Vertragserfüllung, welche unter § 23 nicht fällt (vgl. Anm. 3 zu § 23), ebenso die seitens des G.Schuldners an seinen Gläubiger erfolgende fällige Vertragserfüllung kann von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulösen Uebereinkunft begleitet und dann deshalb anfechtbar sein (gegen Strieth. 27, 364; 28, 190; 34, 238; Entsch. 38, 419, 426; 43, 458). — Ebenso macht es keinen Unterschied, ob die Handlungen im gewöhnlichen Verkehr oder innerhalb eines Rechtsstreits vorgekommen sind, § 28. Indeß nicht das im Prozesse ergangene Urtheil ist anzufechten, welches keine Rechtshandlung des G.Schuldners ist und direkt nur durch die Rechtsmittel und Rechtsbehelfe der C.P.O. anzugreifen ist; sondern die vorangegangenen Handlungen im Rechtsstreite (Anerkenntnisse 2c.), in welchem Falle das Urtheil nach § 28 der Anfechtung nicht entgegensteht, Mot. 131, 132; Prot. 23; oder nachfolgende Akte, Pfändungen, Zwangsbeitreibung, welche dann nach § 28 ebenfalls nicht durch das Urtheil vor Anfechtung geschützt sind. — Wechselverpflichtungen und Wechselzahlungen sind nach § 24 Nr. 1, mithin gegen den mit der Verkürzungsabsicht des Schuldners bekannten Gläubiger anfechtbar, mag diese Absicht durch das Rechtsgeschäft mit diesem Gläubiger oder schon durch ein früheres ausgeführt sein sollen. — Unentgeltliche Verfügungen, wenngleich spezieller Gegenstand des § 25, sind begrifflich vom § 24 nicht ausgeschlossen; praktisch kann dies werden, weil die Zeitbeschränkung der Verfügungen aus § 25 für den § 24 wegfällt und die Leistungspflicht für den bösgläubigen Erwerber nach § 30 größer ist. Insbesondere gehören dahin auch Verzichte, Entsagungen (Erbschaftsentschlagungen, soweit der Verwalter nach dem bürgerlichen Rechte über das jus succedendi verfügen kann, vgl. Anm. 2 IV. zu § 1).

Ob der G.Schuldner zur Zeit der Handlung schon insuffizient war, oder es durch dieselbe wurde, ist für § 24 Nr. 1 unerheblich. Ein Nachweis, daß durch die Rechtshandlung eine Benachtheiligung der Gläubiger erfolgt ist, wird vom Gesetze, abweichend von § 23 Nr. 1 Satz 1 und von § 24 Nr. 2, hier nicht erfordert. Es gilt hier die in

Anm. 1 zu § 22 aufgestellte allgemeine Regel hinsichtlich der objektiven Voraussetzung einer Vermögensminderung. Sowohl in Betreff dieser als in Betreff der Absicht zu benachtheiligen gilt es gleich, ob sie sich gegen K.Gläubiger oder gegen frühere Gläubiger richten, und gilt ferner auch eine Verzögerung der Befriedigung als Benachtheiligung. Reichsger. in Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 24 S. 1066.

Die Anfechtung kann sich, wie nach § 23 Nr. 1 a, gegen Jeden richten, für welchen die Voraussetzungen der Nr. 1 zutreffen; nicht bloß gegen K.Gläubiger, wie § 23 Nr. 1 b und Nr. 2, sondern auch gegen Absonderungsberechtigte oder Dritte. Anm. 2 zu § 23.

Die Anfechtung wegen Simulation ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts neben den durch die K.O. gegebenen Anfechtungsrechten überall zulässig und hat ihre dnrch das bürgerliche Recht bestimmten besonderen Wirkungen. Mot. 152. Vgl. preuß. A.L.R. I. 4 § 52. Entsch. 54, 1. Strieth. 43, 11; 88, 18; 89, 300. Sofern jedoch die Simulation zugleich einen civilrechtlichen Betrug im Sinne der Nr. 1 enthält, ist auch eine Anfechtung nach § 24 Nr. 1 zulässig, da alle „Rechtshandlungen" davon betroffen werden. Der Unterschied in der Art des Angriffs kann mit Rücksicht auf das Geschäft, welches etwa statt des Scheingeschäfts verabredet war, und civilrechtlich ungültig oder ebenfalls anfechtbar sein kann, bez. auf die Rechte des anderen Theils, vgl. §§ 31, 32, praktische Wichtigkeit haben; noch mehr für die außerkonkursmäßige Anfechtung nach dem dem § 24 Nr. 1 entsprechenden § 3 Nr. 1 Ges. v. 21. Juli 1879, mit Rücksicht darauf, daß dieser Anfechtung der Einwand fehlender Aktivlegitimation (R.O.H. 1, 184) nicht entgegengesetzt werden kann. Hartmann S. 38, 39; Stieglitz S. 149.

3) Die a. „entgeltlichen Verträge", welche der G.Schuldner b. mit seinem Ehegatten oder nahen Verwandten c. im letzten Jahre vor der K.Eröffnung geschlossen hat, und d. welche die K.Gläubiger benachtheiligen, sind als voraussichtlich und in der Regel betrügerisch anfechtbar, ohne daß zur Begründung der Anfechtung vom Verwalter der für § 24 Nr. 1 nöthige Nachweis geführt zu werden braucht, daß der G.Schuldner die Absicht hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen und daß dies dem anderen Theile bekannt war. Der Gegner hat nur einen Einwand für seinen guten Glauben, wenn er das Gegentheil nachweist. Der Ausdruck: „entgeltliche Verträge" ist im Gegensatze zu den „unentgeltlichen Verfügungen" des § 25 gewählt, um umfassend alle Beschränkungen zu vermeiden, welche sonst für die Bezeichnungen: „Veräußerungen unter einem lästigen Titel" (P. § 102) oder „entgeltliche Veräußerungen" interpretirt worden sind (Strieth. 15, 290; 18, 126; 27, 364; 28, 191; 35, 213; 43, 165; 49, 161). Zu den entgeltlichen Verträgen gehören daher auch Erbtheilungen, Pachtverträge, Angaben an Zahlungsstatt, Hypothekenbestellungen, Leibrentenkäufe und alle Veräußerungen im römischrechtlichen Sinne einer alienatio. Mot. 132, 133.

Für die Berechnung des letzten Jahres vor der K.Eröffnung ist nicht die C.P.O. entscheidend, da die Frist keine prozessualische, sondern eine civilrechtliche ist. Die Gerichtsferien haben ohnehin nach G.V. § 204 keinen Einfluß. Das Jahr ist nach dem bürgerlichen Rechte zu berechnen. Nach gemeinem und preuß. Rechte muß daher, wenn die K.Eröffnung am 2. Januar erfolgte, die Rechtshandlung am 2. Januar 1881 (oder später) vorgenommen sein, um der Anfechtbarkeit zu unterliegen. Erfolgte die K.Eröffnung an einem Schalttage, so entspricht ihm der 28. Februar. Windscheid § 103 Nr. 2, c. d. Dernburg I. § 70. R.O.H. 12, 129. Wechs.O. Art. 32 Nr. 2. H.G.B. Art. 328 Nr. 2.

Verträge „mit seinem Ehegatten vor oder während der Ehe." Verträge zwischen Brautleuten fallen also darunter, sofern sie vor der Anfechtung Eheleute wurden und der Vertrag im letzten Jahre vor der K.Eröffnung geschlossen wurde. — Verträge, nach der Ehe geschlossen, also geschiedener Eheleute, sind ausgeschlossen. — Für die während der Ehe geschlossenen Verträge ist nur das Bestehen der Ehe beim Vertragsabschlusse

und die Zeit des Abschlusses im letzten Jahre vor der K.Eröffnung vorausgesetzt. Ob die Ehegatten später geschieden oder die Ehe für nichtig oder ungültig erklärt oder durch Tod aufgelöst ist, hat keinen Einfluß.

„Mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten" u. s. w. Soweit nach dem bürgerlichen Rechte auch eine durch Adoption begründete Verwandtschaft besteht, gehören die Betheiligten ebenfalls zu den Verwandten. Vgl. preuß. A.L.R. II. 2 §§ 681, 707 bis 712. Ebenso ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, ob und wieweit durch außereheliche Geburt eine Verwandtschaft begründet ist. Preuß. A.L.R. II. 2 §§ 639, 656. Ueberhaupt ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, wer zu den Verwandten gehört. Vgl. A.L.R. I. 1 §§ 42 ff. Entsch. 69, 251. — Hinsichtlich der Verwandten des Ehegatten und der Ehegatten von Geschwistern und Verwandten ist durch die Bezeichnung: „Ehegatten" ausgedrückt, daß die in Betracht kommende Ehe zur Zeit des Vertragsabschlusses noch bestanden haben muß, da sonst nicht ein Ehegatte, sondern ein Ehegatte-Gewesener in Rede steht; die im preuß. Ges. v. 26. April 1835 bestimmte Ausdehnung auf „seines noch lebenden oder bereits verstorbenen Ehegatten u. s. w." ist schon im preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 und in der P. K.O. v. 1855 und entsprechend auch in unserer K.O. nicht aufgenommen. Entsch. 53, 347. Strieth. 55, 197. Ebenso ist (gegen v. Völderndorff I. S. 298) durch den Ausdruck: „Ehegatten" ein Vertrag ausgeschlossen, welcher mit einem oder einer Verlobten der bezeichneten Personen geschlossen ist, selbst wenn nachher die Heirath erfolgte; das Ausnahme-Gesetz gestattet keine analoge Ausdehnung. Vgl. Entsch. 49, 356; 67, 62. Strieth. 46, 204. Hartmann S. 45, 46; Stieglitz S. 152.

4) Für die Anfechtbarkeit gemäß § 24 Nr. 2 ist ebenso wie in § 23 Nr. 1 der Nachweis verlangt, „daß der Vertrag zur Zeit seines Abschlusses und durch den Abschluß eine Benachtheiligung der Gläubiger in sich enthalten habe." Mot. 132. Im E. § 24 war zu Nr. 2 redigirt: „die — geschlossenen, die Gläubiger benachtheiligenden, entgeltlichen Verträge —, sofern der andere Theil nicht beweist u. s. w." Die R.K. hat hier, ebenso wie im § 23 Nr. 1 und auch aus demselben Grunde (vgl. Anm. 3 zu § 23) die Worte: sofern „durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des G.Schuldners benachtheiligt werden und" eingeschaltet. Prot. 22. Für dies Erforderniß gilt das in Anm. 3 zu § 23 Bemerkte.

5) Die durch Gegenbeweis zu entkräftende Vermuthung (nicht Fiktion) der bewußten Verletzung, welche durch die Bestimmung der Beweislast für Nr. 2 begründet ist, ändert hier, wie für § 23 Nr. 2 nichts an der Deliktsnatur des Anfechtungsgrundes. Die Vermuthung ist durch den Nachweis zu widerlegen, daß zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des G.Schuldners, Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bestand, oder, ohne Rücksicht darauf, ob sie bestand, dem Anfechtungsgegner nicht bekannt war. Ueber das Letztere: seine Kenntniß von der Absicht des G.Schuldners, kann der Gegner dem Verwalter den Eid nicht zuschieben; wenngleich die Kenntniß, das Wissen oder Nichtwissen, und die Absicht, das Wollen an sich als s. g. innere Thatsachen, als geistige Handlungen oder Wahrnehmungen Gegenstand der Eideszuschiebung sein können, so ist doch für den Verwalter, welcher Vertreter des G.Schuldners und jedenfalls nicht Vertreter seines Anfechtungsgegners ist, die Kenntniß des Letzteren in keinem Falle etwas, was der Verwalter oder die von ihm vertretene Partei gethan oder wahrgenommen haben könnte, worauf C.P.O. §§ 410, 435 die Zulässigkeit der Eideszuschiebung beschränken. Die auf dem früheren preuß. Prozeßrechte beruhenden Entsch. 53, 361; 68, 293; Strieth. 58, 138 sind in dieser Beziehung nicht mehr zutreffend; sondern könnten nur noch für eine Eideszuschiebung bezogen werden, wenn es sich um die Kenntniß des Delaten selbst oder der von ihm Vertretenen handelt, also für die Eideszuschiebung des Konkursverwalters an seinen Gegner über solche Kenntniß (zu Nr. 1).

Entsprechend den Voraussetzungen, vgl. Anm. 1, genügt es indeß, eine der mehreren zugleich nothwendigen zu widerlegen, also nachzuweisen, daß eine Absicht des G.-Schuldners, Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bestand, Fuchs Konk.-O. S. 51, Stieglitz S. 152, und hierüber ist die Eideszuschiebung an den Verwalter nach Obigem für zulässig zu erachten.

§ 25.

Anfechtbar[1] sind:[2]

1. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen,[3] sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;[4]
2. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten,[5] sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau,[6] sofern er nicht zur Sicherstellung oder Rückgewähr[7] durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.[8]

E. I. 30. P. 102. 103.

1) Neben dem Anfechtungsrechte aus § 25 Nr. 1 ist durch § 3 Abs. 1 E.G. auch das Anfechtungsrecht in Geltung erhalten, welches den K.Gläubigern eines Handelsgewerbetreibenden im Art. 259 H.G.B. gegenüber einem stillen Gesellschafter dahin eingeräumt ist, die Zurückzahlung (d. h. allgemein: Rückgewähr) seiner Einlage in Folge einer vereinbarten Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses (Abs. 1) oder ohne Auflösung (Abs. 2), sowie den gänzlichen oder theilweisen Erlaß eines Verlustantheils (Abs. 3) anzufechten, wenn innerhalb eines Jahres nach der Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses (Abs. 1), der Rückzahlung (Abs. 2) oder dem Erlasse (Abs. 3) der Konkurs über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes eröffnet ist. Das Anfechtungsrecht des Art. 259 beruht (ebenso wie das des § 25) nicht auf der Verschuldung des Gesellschafters oder des G.Schuldners; es hat seinen Grund in der Vermuthung, daß objektiv der Geschäftsinhaber zur Zeit jener Transaktionen insolvent war oder durch dieselben wurde. Diese Vermuthung kann nach Abs. 4 durch den Gegenbeweis entkräftet werden, daß der Konkurs nur in Umständen seinen Grund hat, welche erst nach der Auflösung, Abs. 1, der Rückzahlung, Abs. 2, bez. dem Erlasse, Abs. 3, eingetreten sind. R.O.H. 14, 92. Vgl. Otto S. 206—209. — Dies Anfechtungsrecht aus Art. 259 war bestimmt, neben einem etwa sonst bestehenden Anfechtungsrechte der K.Gläubiger zur Auswahl zu dienen und ist mit Rücksicht auf das gesellschaftliche Element für das Verhältniß des stillen Gesellschafters neben § 23 Nr. 2 und § 25 Nr. 1 beibehalten. Der im Art. 259 Abs. 4 gestattete Gegenbeweis des stillen Gesellschafters ist nur anwendbar, wenn eine Anfechtung auf Grund des Art. 259 erfolgt, nicht gegen eine Anfechtung aus § 25 Nr. 1 bez. aus § 23 Nr. 2. Mot. 464 zu E.G. § 3. Prot. 133, 134.

2) Zu Nr. 1 und 2. Der § 25 umfaßt Fälle einer rechtlosen Bereicherung eines Dritten, welche zufolge positiver Gesetzesvorschrift zur Befriedigungsmasse zu Gunsten der K.Gläubiger zurückverlangt werden kann, ohne daß eine fraudulöse Absicht des G.Schuldners oder eine Verschuldung des Gegners vorliegt. Der Anfechtungsgrund

beruht hier also nicht auf einem Delikte, sondern auf einem Haben ohne rechtlichen Grund. Otto S. 123 ff., 131—138; Mandry S. 376.

Eine besondere Vorschrift wegen Anfechtung von Leibrentenverträgen (vgl. P. § 102 Nr. 1) ist nicht gegeben; ein Antrag in der R.K., die in den letzten zwei Jahren vor der K.Eröffnung abgeschlossenen Leibrentenverträge anfechtbar zu erklären, ist abgelehnt. Prot. 23, 24. Sie sind an sich nicht unentgeltliche Verträge und nur im Falle eines Betruges (§ 24) oder einer simulirten Schenkung (Anm. 3) — Mot. 136 — indeß auch als gewagte Geschäfte aus § 23 Nr. 1 (vgl. Anm. 2, 3 zu § 23) anfechtbar. Vgl. ferner Anm. 2 zu § 62 und Anm. 2 zu § 122.

3) Zu Nr. 1. Im Gegensatze gegen die actio Pauliana, welche auch die Anfechtung von Schenkungen nur im Falle eines Betruges gestattete, sind alle im letzten Jahre vor der K.Eröffnung vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen anfechtbar, ohne daß die Konkurrenz eines Betruges nöthig ist. Der Begriff der unentgeltlichen Verfügungen, aus der Bestimmung der P. § 102 über „freigebige Verfügungen" hervorgegangen, ist (mit Otto S. 131—133 und Petersen S. 144, 145) im Sinne der letzteren auszulegen und umfaßt darnach freiwillige Leistungen des G.Schuldners, für welche ihm kein Entgelt gegeben ist und welche er in der Absicht gewährte, dem anderen Theile einen Vermögensvortheil zuzuwenden. Einen Anhalt in diesem Sinne giebt auch die Entgegensetzung der „entgeltlichen Verträge" und der „unentgeltlichen Verfügungen" der Ehegatten in § 24 Nr. 2 und § 25 Nr. 2, welche alle im Konkurse anfechtbaren Dispositionen umfassen sollen. Ausgeschlossen sind — außer den vom Konkurse überhaupt nicht betroffenen nicht vermögensrechtlichen Dispositionen — solche, zu welchen der Schuldner verpflichtet ist. Eingeschlossen ist jeder Vermögensvortheil, welchen er freiwillig (absichtlich) giebt. Die Mot. 134, von dem Befriedigungsrechte der Gläubiger ausgehend, bemerken zunächst allgemein: „Wer einen Vortheil ohne rechtlichen Anspruch unentgeltlich verlangt, muß demjenigen weichen, welcher dadurch von seinem Rechtsanspruche etwas einbüßen mußte." Wenn im Verlaufe der Ausführungen der Mot. hauptsächlich von Schenkungen die Rede ist, die Begriffe von Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen identifizirt sind und S. 136 bemerkt ist: was als Schenkung zu behandeln sei und was nicht, überlasse der Entwurf dem bürgerlichen Recht, so hat, wie Otto a. a. O. richtig bemerkt, eine solche Identifizirung mit dem engern Begriffe der Schenkung im Gesetze keinen Ausdruck gefunden. Für den objektiven Umfang der Rechtshandlungen kann also auch nicht entscheidend sein, was nach dem bürgerlichen Rechte zu Schenkungen gehört, sondern was zu unentgeltlichen Verfügungen im obigen Sinne gehört. Insbesondere gehören zu diesen auch Leistungen, durch welche der Empfänger nicht eine eigentliche Vermehrung seines Vermögens, aber einen Vermögensvortheil erlangte, so Bürgschaft für eine fremde Schuld, Pfandsicherung für eigene Schuld, Verzicht auf Sicherung der Schuld des andern Theils an den G.Schuldner, Freigebigkeitsleistungen, durch welche dem andern Ausgaben erspart bleiben. A.M. v. Sarwey S. 153. Jedenfalls gehören dahin Verzichte, Entsagungen, auch solche von Erbschaften und Vermächtnissen, soweit solche nach § 1 und nach dem bürgerlichen Rechte als zur K.Masse gehörig anzusehen sind (vgl. Anm. 2 IV. zu § 1 und Anm. 1 zu § 22; Mot. 136, 116, 117), Verfügungen, welche der G.Schuldner „gegen ein nur scheinbares Entgelt" vorgenommen hat (vgl. Strieth. 31, 108; wie im E. I. § 30 Nr. 1 ausdrücklich gesagt werden sollte, und im E. als selbstverständlich fortgelassen wurde), remuneratorische Schenkungen (Entsch. 62, 356. Strieth. 78, 87, 93), soweit letztere nicht gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke sind, vgl. Anm. 4. — Verfügungen, welche theilweise entgeltlich, theilweise unentgeltlich sind, negotia mixta, sind anfechtbar, soweit sie unentgeltlich sind, also behufs der Rückforderung der unentgeltlichen Leistung, sofern sie nicht als nur scheinbar entgeltliche vollständig anfechtbar sind; in gleicher Weise donationes sub modo (A.L.R. I.

4 §§ 152 ff.). Auch bei wechselseitigen Schenkungen ist die Schenkung des G.Schuldners, soweit sie den Entgelt des andern Theils übersteigt, anfechtbar, sofern sie nicht als nur scheinbar entgeltlich in vollem Betrage angefochten werden kann. — Die Gewährung einer Ausstattung seitens des dazu Verpflichteten ist keine unentgeltliche Verfügung, wohl aber die Ausstattung seitens eines Nichtverpflichteten. — Die Anerkennung der von einem Minderjährigen kontrahirten Schuld nach erreichter Großjährigkeit (vgl. Strieth. 33, 56) und die Zahlung einer nicht klagbaren Forderung sind an sich nicht freigebige bez. unentgeltliche Verfügungen, können indeß durch die konkreten Umstände den Charakter einer solchen gewinnen. — Die Zusicherung von Vortheilen gegen die Verpflichtung zur Ehelichung einer bestimmten Person sind in Strieth. 49, 333 mit Recht nicht zu den freigebigen Verfügungen gerechnet. Vgl. auch die besondere Bestimmung über Forderungen aus einer Freigebigkeit in § 56 Nr. 4 und Anm. 3 zu § 56.

Sofern Schenkungen wegen Mangels der gesetzlichen Formen oder Zulässigkeit des Widerrufs — soweit das Recht zum Widerrufen z. B. wegen Undankes nicht ein rein persönliches, vom Verwalter nicht auszuüben ist — hinfällig werden, bedarf es der Anfechtung aus § 25 nicht. Vgl. A.L.R. I. 11 §§ 1063 ff., 1090, 1157 ff., 1162 ff. Entsch. 11, 256; Strieth. 93, 158; 100, 112. Indeß die gesetzliche Unwiderruflichkeit schützt dem Zwecke des § 25 gemäß nicht vor der Anfechtung aus § 25.

Darüber, daß es nicht darauf ankommt, ob der G.Schuldner schon zur Zeit der Verfügung zahlungsunfähig war oder es durch dieselbe wurde, gilt auch hier das in Anm. 1 zu § 22 und Vorb. 1 vor § 22 Gesagte. Die Anfechtbarkeit ist daher zulässig, ohne Rücksicht, ob zur Zeit der Verfügung Gläubiger des G.Schuldners existirten, welche benachtheiligt wurden. Vgl. Entsch. 78, 50. Mot. 108, 109, 135. — Wegen der Berechnung der Jahresfrist vgl. Anm. 3 zu § 24.

4) Im E. I. § 30 Nr. 1 sollten gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke „von geringem Betrage" ausgeschlossen sein; die ohnehin sehr unbestimmte und relative Beschränkung hinsichtlich der Höhe ist von der Vork. gestrichen. Was als gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk von der Anfechtung aus § 25 Nr. 1 ausgeschlossen ist, ist sowohl hinsichtlich der Veranlassung („Gelegenheit") als der Höhe nach den für die jedesmaligen Gesellschaftskreise, Verkehrs- und Vermögensverhältnisse zutreffenden allgemeinen, lokalen und Familien-Gebräuchen zu beurtheilen.

5) Zu Nr. 2. Unter Nr. 2 sind in zwei Kategorien die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit unentgeltlicher Verfügungen unter E h e g a t t e n (im Gegensatze zu entgeltlichen Verträgen des § 24 Nr. 2) bestimmt: a. im Allgemeinen und b. für die Sicherung oder Rückgewähr von Heirathsgut und gesetzlich verwaltetem Frauengut. Für die letztere Kategorie sind mit Rücksicht auf diese Aussonderung nur die Voraussetzungen des Schlußsatzes maßgebend.

a. Die Anfechtbarkeit der unentgeltlichen Verfügungen unter Ehegatten im Allgemeinen hat für das gemeine Recht, welches ohnehin Schenkungen unter Eheleuten untersagt, weniger Bedeutung, als für das preuß. A.L.R. II. 1 §§ 310 ff., welches sie zuläßt. Sofern nach dem bürgerlichen Recht Verfügungen an sich bez. aus anderen Gründen ungültig sind, bleibt es unberührt; nur die landesrechtlichen Vorschriften im Konkurse sind durch die K.O. modifizirt. — Von den unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten des Ehegatten gilt mit Ausnahme der Zeitausdehnung auf zwei Jahre dasselbe, was in Anm. 3 von den unentgeltlichen Verfügungen zu Nr. 1 bemerkt ist. Dies gilt insbesondere auch von den Eheverträgen, für welche nach den in Anm. 3 aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen ist, ob und wieweit sie unentgeltliche Verfügungen enthalten. Vgl. A.L.R. II. 1 §§ 209, 439 ff. Ob die Kontrahenten bez. Betheiligten schon zur Zeit des Vertrages bez. der Verfügung Eheleute waren, ist hier gleichgültig, und auch die vor der Ehe getroffenen Verfügungen sind anfechtbar; dem Zwecke des § 25, den lukra-

tiven Erwerbe des Ehegatten zu treffen, entspricht es hier, wenn nur die Eheschließung der Verfügung nachfolgte, d. h. die Betheiligten müssen vor der Anfechtung Ehegatten geworden sein. Hartmann S. 52, 53; v. Völdernborff I. S. 308, 309. A.M. Kranichfeld S. 31. Auch die Morgengabe, — nach A.L.R. I. 1 §§ 206, 207, 269 zum vorbehaltenen Vermögen der Frau gehörig, und zur Sicherung wie eingebrachtes Vermögen berechtigt, — ist als unentgeltliche Verfügung anfechtbar, soweit sie nicht durch eine Gegenleistung Theil eines entgeltlichen Vertrages ist. R.O.H. 21, 297. Die Annahme in Strieth. 10, 20, daß sie keine „Schenkung unter Eheleuten" im Sinne des Ges. v. 26. April 1835 sei, ist für den nicht blos solche Schenkungen umfassenden § 25 nicht maßgebend. A.M. v. Völdernborff I. S. 309. — Abweichend von Nr. 1 sind für Ehegatten die gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke (Anm. 4) nicht von der Anfechtung ausgeschlossen, ohne daß die Motive diese Abweichung erwähnen. Da indeß die Abweichung im Gesetz besteht, und für die Anfechtbarkeit unter Eheleuten nur Nr. 2 sedes materiae ist, kann sie nicht fortinterpretirt werden. Daß man wegen „Gleichheit des Grundes" unter Nr. 2 verstehen müßte: „unentgeltliche Verfügungen im Sinne der Nr. 1," verbietet sich zufolge der gerade gegen den Erwerb und die Vermögens-Entziehung von Eheleuten mit Schärfe sich wendenden Tendenz der K.O. (vgl. Anm. 1 zu § 37) und der Singularität der Vorschrift zu Nr. 2. Otto S. 135; v. Sarwey S. 155; v. Völdernborff I. S. 309; Kranichfeld S. 32. — A.M. Fuchs S. 53; Mandry S. 384; Stieglitz S. 157; Wengler S. 226; Hartmann S. 51.

Ueber die Zeitberechnung der zwei Jahre vgl. Anm. 3 zu § 24. Mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 37 ist zu beachten, daß die Bestimmungen des § 25 Nr. 2 sedes materiae hinsichtlich der Verbindlichkeit und Anfechtbarkeit der unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten des Ehegatten (Mann oder Frau) sind und daß hierdurch die Anfechtbarkeit der vor mehr als zwei Jahren vor der K.Eröffnung erfolgten unentgeltlichen Verfügungen, Sicherungen oder Rückgewährungen ausgeschlossen ist.

6) b. Sicherung und Rückgewähr von Heirathsgut und Vermögen der Ehefrau. Abgesehen von den unentgeltlichen Verfügungen sollen die sonstigen Bestimmungen in Nr. 2 die davon betroffenen Verfügungen weder als betrügerisch (§ 24) noch als Schenkungen (§ 25 Nr. 1) erklären oder fingiren. „Es ist eine aus dem Wesen der Ehe entnommene Ausnahmevorschrift, welche unabweislich ist, wenn anders die vom Entw. der Ehefrau im Konkurse des Mannes zugewiesene Stellung (vgl. Anm. zu § 37) aufrecht erhalten werden soll. Der Mann würde sonst immer in der Lage bleiben, die Fonds seiner Frau, mit denen er gearbeitet und sich Kredit verschafft hat, bei eintretendem Vermögensverfall zum Nachtheil seiner Gläubiger lediglich seiner Ehefrau zuzuwenden." Mot. 137. Anfechtbar ist gemäß Nr. 2 jede Sicherung oder Rückgewähr des Heirathsguts, sowie des auf Grund maritalischen Rechts — nach dem betreffenden bürgerlichen Rechte — in die Verwaltung des G.Schuldners gekommenen Frauenvermögens, sofern sie innerhalb des zweijährigen Zeitraumes freiwillig, ohne rechtliche Nothwendigkeit, erfolgt ist. „Mit rechtlicher Nothwendigkeit (also abgesehen von betrüglicher Kollusion, § 24 Nr. 1, unanfechtbar) erfolgt eine Sicherung oder Rückgewähr, wenn dazu der G.Schuldner kraft gesetzlicher Vorschrift oder zufolge eines vor Beginn des zweijährigen Zeitraumes rechtsgültig geschlossenen Vertrages verpflichtet war." Mot. 137.

Voraussetzung der Anwendbarkeit der Nr. 2 b ist, daß es sich um Heirathsgut handelt, ohne Rücksicht darauf, ob der Ehemann ein Recht zur Verwaltung desselben hat, oder um Vermögen der Frau, welches kraft Gesetzes der Verwaltung des Mannes unterliegt, vgl. § 54 Nr. 5. Ausgeschlossen ist daher von Nr. 2 b die Verfügung über Frauengut, welches die Frau gesetzlich selbst zu verwalten berechtigt ist, auch wenn sie es freiwillig ihrem Manne in Verwaltung giebt; also bei allgemeiner bez. Erwerbs-Gütergemeinschaft das zulässige, von der Frau zu verwaltende, Sondergut,

A.L.R. II. 1 §§ 363, 365 (vgl. im Uebrigen § 14) und bei getrennten Güterverhältnissen nach dem preuß. A.L.R. II. 1 §§ 221 ff., 217 ff. das vorbehaltene Vermögen der Frau, die unanfechtbare Konstituirung des Sonderguts bez. des vorbehaltenen Vermögens vorausgesetzt. Ob das vorbehaltene Vermögen durch Vertrag oder gesetzlich vorbehaltenes Vermögen ist, macht hinsichtlich der Ausschließung der Anfechtung keinen Unterschied; denn auch für das vertragsmäßig vorbehaltene gebührt kraft Gesetzes § 221 nicht dem Manne, sondern der Frau die Verwaltung. Indeß setzt dies voraus, daß die vertragsmäßige Umwandlung des eingebrachten Vermögens in vorbehaltenes nicht selbst anfechtbar ist. In den kritischen zwei Jahren kann sie nach der Eheschließung nicht erfolgen; sie würde dann als Rückgewähr nach Nr. 2 b anfechtbar sein. Wollte der Mann von seinem Vermögen gar der Frau etwas als ihr vorbehaltenes Vermögen zuwenden, so unterläge dies als unentgeltliche Verfügung der Anfechtung nach Nr. 2 a. Erfolgt die Eheschließung erst während der kritischen Zeit, so kann vor der Eheschließung durch Vertrag aus dem Vermögen der Frau vorbehaltenes Vermögen konstituirt werden; dies ist keine Zuwendung des G.Schuldners aus seinem Vermögen, also nicht nach Nr. 2 a anfechtbar, und auch noch nicht gesetzlich in seine Verwaltung gekommen, also auch dem zweiten Satze Nr. 2 b nicht unterworfen. Sofern hiernach vorbehaltenes Frauengut besteht, und die Frau nicht etwa auf ihr Vorbehaltsrecht verzichtet, bleibt Nr. 2 ausgeschlossen. Vgl. Stieglitz S. 158, 159.

Anwendbar ist Nr. 2 auf das eingebrachte Vermögen der Frau nach dem A.L.R. II. 1 §§ 231 ff., 210 ff. Der Begriff des Heirathsguts hat für das A.L.R. keine besondere Bedeutung. Mit Ausnahme des Sonderguts und des vorbehaltenen Vermögens ist die Anfechtung bei allem Frauengut möglich. Da das Vermögen „seiner Ehefrau" in Betracht kommt, so ist das Bestehen der Ehe zur Zeit der Verfügung vorausgesetzt; Abfindungen eines geschiedenen Ehegatten gehören also nicht hierher.

Der aus dem Gesetze und den Mot. (s. vorsteh.) erhellende Zweck der Vorschrift ist, die Begründung eines Vorzugs- oder Aussonderungsrechts durch Rückgewähr, bez. eines Absonderungsrechts durch Sicherung, vgl. § 12, in dem kritischen Zeitraum hinsichtlich der Befriedigungsmasse für die Gläubiger zu hindern. Hierdurch bestimmt sich der Begriff der anfechtbaren Verfügungen. Für dieselben ist vorausgesetzt, daß sie aus den vom Manne verwalteten Mitteln erfolgt; nicht aus denen eines Dritten. Eine Sicherung oder Rückgewähr, welche ein Dritter aus seinen Mitteln gewährt, ist nicht anfechtbar. Ob sie jedoch der Schuldner aus dem unmittelbar von ihm verwalteten Vermögen oder z. B. durch Rückerstattung der in eine Handelsgesellschaft erfolgten Einlage seitens seines Gesellschafters gewährt, ändert für die Anfechtbarkeit nichts; durch die Einlegung in das Handelsvermögens hört die Mitgift nicht auf, dem Manne gegenüber eingebrachtes Vermögen der Frau zu sein. A.M. Hartmann S. 54, 55. Unter der Rückgewähr ist der ratio legis entsprechend nicht nur die identische desselben Vermögens, sondern auch eine datio in solutum zu verstehen.

Ueber die Ausschließung der Anfechtung, soweit eine Verpflichtung des Schuldners zur Sicherung oder Rückgewähr besteht, vgl. Anm. 8.

7) Rechtsnachfolger der Frau. Anfechtbar ist die Sicherung oder Rückgewähr des Vermögens „seiner Ehefrau." Die Anfechtung ist nicht darauf beschränkt, wenn Sicherung oder Rückgewähr an die Frau oder wie in Nr. 2 a „zu Gunsten" der Frau erfolgen. Eine solche, in den Mot. 137, 138 vorausgesetzte Beschränkung hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden. Wenn die Ehefrau ihren Anspruch cedirt hat, und der G.Schuldner an den Cessionar die Sicherstellung oder Rückgewähr leistet, so ist dieser im Sinne des § 33 Abs. 2 derjenige, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist und die Anfechtung ist gegen ihn direkt aus § 25 Nr. 2 und

nicht blos unter den Bedingungen des § 33 Abs. 2 zulässig. Prot. 23. Stieglitz S. 160, 161; Otto S. 137, 138. A.M. den Mot. folgend: v. Sarwey S. 157.

Dagegen ist die Anfechtung nicht aus § 25 Nr. 2, sondern nur aus § 33 Nr. 2 gegen den Dritten statthaft, wenn die Sicherung oder Rückgewähr an die Frau erfolgte und diese dann ihre Rechte auf den Dritten übertragen hat.

Gegen die Erben der Frau ist hinsichtlich der an die Frau vor ihrem Tode erfolgten Rückgewähr oder Sicherung eine nach § 25 Nr. 2 begründete Anfechtung gemäß § 33 Abs. 1 zulässig. Erfolgte die Rückgewähr bez. Sicherung nach dem Tode an die Erben, welche dann dazu berechtigt waren, so findet § 25 überhaupt keine Anwendung mehr.

8) Recht auf Sicherung oder Rückgewähr. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Ehemann durch Gesetz oder durch einen vor den kritischen zwei Jahren geschlossenen Vertrag zur Sicherung oder Rückgewähr verpflichtet war. Die gesetzliche Verpflichtung ist nach dem bürgerlichen Landesrechte zu entscheiden. Dasselbe ist nach § 20 auch dann aufrecht erhalten, wenn die Konkurseröffnung Bedingung der Verpflichtung ist. — Ein gesetzliches Recht auf Sicherstellung hinsichtlich der Grundstücke des Mannes hat die Frau für die landrechtlichen und gemeinrechtlichen Gebiete der preußischen Monarchie nach Art. 12 Einf.-Ges. zur K.O. v. 8. Mai 1855 (den § 254 A.L.R. II. 1 beschränkend), Art. 13 Einf.-Ges. v. 31. Mai 1860 (Bezirk v. Ehrenbreitstein), Art. 12 Einf.-Ges. v. 3. Febr. 1864 (Hohenzollern) und § 4 Ausf.-Ges. zur K.O. v. 6. März 1879 (sonstige Geltungsbereiche des A.L.R. und des gemeinen Rechts) nur dahin, daß (nach der Fassung des letzteren Ausf.-Ges.) „die Ehefrau nur die Befugniß hat, die Eintragung wegen des gesetzlich in die Verwaltung des Mannes gekommenen (Zusatz im § 4 Ausf.-Ges. v. 6. März 1879: oder als Heirathsguts eingebrachten) Vermögens innerhalb eines Jahres nach dem Beginne der Verwaltung des Mannes (Zus. im A.G. v. 1879: oder der Einbringung) zu verlangen." „Erwirbt der Ehemann erst nach dem Beginne seiner Verwaltung (Zus. v. 1879: oder der Eintragung) ein Grundstück, so kann die Eintragung noch innerhalb eines Jahres, vom Erwerbe des Grundstücks an gerechnet, verlangt werden." Die Wortfassung der Einf.-Ges. v. 1855, 1860 und 1864 ist außer der Einfügung des Heirathsguts von der vorstehenden nur redaktionell abweichend. Als dauerndes materielles Recht bleiben auch diese früheren Einf.-Ges.-Bestimmungen ferner in Kraft. Vgl. Mot. zu § 4 A.G. v. 6. März 1879. Als dauernde Rechtsnorm bezieht sich indeß § 4 dieses Ausf.-Ges. für seinen Geltungsbereich nur auf Pfandrechte und Pfandrechtstitel für Ehefrauen, welche nach dem 1. Oktober 1879 entstehen; hinsichtlich der vorher entstandenen vgl. §§ 17, 19—21 preuß. A.G. v. 6. März 1879 zum E.-G. §§ 12, 13. — Außer dem Rechte zur Eintragung auf dem Grundbesitze des Mannes kann die Frau nach A.L.R. II. 1 § 255 (welche Bestimmung durch jene Einf.-Ges. mit den Entsch. 43, 433; 70, 177; Strieth. 44, 5; 82, 190 nicht beseitigt zu erachten ist), „Sicherstellung wegen ihres Eingebrachten von dem Manne nur alsdann fordern, wenn sich Umstände ereignen, welche die wahrscheinliche Besorgniß eines bevorstehenden Verlustes begründen." Vgl. Entsch. 68, 29; Strieth. 86, 162. — Die nach dem rheinischen Rechte (Rhein. Hand.-Ges. Art. 551—553) der Ehefrau unabhängig von jeder Eintragung zustehende gesetzliche Hypothek an allen Liegenschaften ihres Ehemannes ist durch § 54 Ausf.Ges. v. 6. März 1879 aufrecht erhalten.

Ein gesetzliches Recht zur Rückforderung des Eingebrachten hat die Frau (bez. deren Erben) bei der Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung, A.L.R. II. 1 §§ 548 ff., 751, 766, außerdem nach §§ 256—258, „wenn der Mann nicht mehr seine Verbindlichkeit zu erfüllen vermögend ist, seiner Frau und den mit ihr erzeugten Kindern den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren." Vgl. Strieth. 36, 304 (dagegen Entsch. 17, 293); Entsch. 24, 111; 42, 212; R.O.H. 12, 218. Der

Verzicht des Mannes auf sein Nießbrauchsrecht, so lange er jenen Unterhalt aus den Revenüen des eingebrachten Vermögens — welche für jene Verpflichtung mit zu berechnen sind — zu gewähren vermögend ist, ist eine anfechtbare unentgeltliche Verfügung. R.G. 1, 136. Verschafft sich eine Frau, welche Rückforderung verlangen kann, statt derselben eine Sicherung ihres Vermögens, so wird diese ebenso wie im Falle des § 23 Nr. 2 nicht durch das Rückforderungsrecht als ein Minus derselben gedeckt sein. Es ist immerhin nicht das gewährt, wofür die Berechtigung vorhanden ist, sondern etwas Anderes. Insbesondere für die Rechtsverhältnisse der Eheleute unter einander ist bei der in den Mot. wiederholt hervorgehobenen, durch die K.O. verfolgten Absicht: einem Kredit auf Grund des Scheines entgegenzutreten, als gehörten die Mittel der Frau ihrem Ehemanne, jede analoge Ausdehnung der Rechte der Ehefrau zu verneinen.

Soll außerhalb einer gesetzlichen Verpflichtung durch **Vertrag** ein Recht auf Sicherung oder Rückgewähr begründet sein, so muß derselbe vor den kritischen zwei Jahren abgeschlossen sein, um die Anfechtung auszuschließen; selbstverständlich muß er auch formgültig sein (vgl. A.L.R. II. 1 §§ 109, 82 ff., 198 ff.) und ein klagbares Recht begründen, da er sonst nicht „verpflichtet."

Hinsichtlich der Uebergangsbestimmungen vgl. E.G. §§ 12, 13 und die landesrechtlichen Ausführ.-Ges. dazu.

§ 26.

Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.[1]

E. I. 32. P. 122. Abs. 4.

1) Vgl. Vorbem. 2 vor § 22 und Anm. 4 zu § 23. Der § 26 betrifft die Fälle des § 23 Nr. 1, 2. Auch die Anfechtung aus § 23 Nr. 2 wird vom § 26 betroffen. Zwar hat die Anfechtung aus § 23 Nr. 2 ihren Grund wesentlich in der Begünstigungsabsicht und deren Kenntniß, Anm. 1, 10 zu § 23, und Anfechtungen von Rechtshandlungen aus den vorangegangenen zehn Tagen sind ohne Rücksicht auf eine Kenntniß von der Zahlungseinstellung zulässig. Indeß der dolus ist für Nr. 2 nicht nur in den Mot. welche den K.Anspruch für § 23 mit der Zahlungseinstellung entstehen lassen, sondern auch im Gesetze selbst mit der Zahlungseinstellung in Verbindung gebracht und die Zahlungseinstellung selbst als entweder schon erfolgt und alsdann dem Gegner bekannt vermuthet, oder doch als unmittelbar bevorstehend vorausgesetzt. Wenngleich in den letzteren Fällen wörtlich genommen von einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht die Rede sein kann, so ergiebt die ratio legis sich für alle Fälle des § 23 als die gleiche hinsichtlich der Anwendung des § 26. Die Mot. 138, 139 rechtfertigen den § 26 als theilweisen Ersatz der P. § 122 Abs. 4, nach welchem der Tag der Zahlungseinstellung nicht über sechs Monate vor der K.Eröffnung zurück fixirt werden sollte; sie erklären die Vorschrift zur Verminderung einer Unsicherheit und Lähmung des Verkehrs für nöthig, da für so weit zurückliegende Zeiten entweder eine Zahlungseinstellung nicht zweifellos oder als inzwischen wieder beseitigt anzusehen sei. Diese Rücksicht ist für alle Fälle des § 23 gleich zutreffend. Bestätigt wird die Anwendbarkeit für die Fälle des § 23 Nr. 2 auch durch die äußere Geschichte des § 26. Im E. I. § 32 war redigirt: „Die Zahlungseinstellung gewährt das Recht zur Anfechtung (§§ 28, 29) nicht, wenn sie früher als 6 Monate vor der Eröffnung des G.Verfahrens erfolgt ist." Der hierin mit in Bezug genommene § 29 des E. I. entspricht dem jetzigen § 23 Nr. 2. Die Mot. zu E. 26, fast gleichlautend mit den Mot. zu E. I. § 32 S. 178, 179, lassen nicht erkennen, daß eine sachliche Aenderung beabsichtigt ist und lassen die Aenderung nur

als eine redaktionelle erscheinen. So auch alle übrigen Kommentatoren. Die Kenntniß des Eröffnungsantrags ist nicht besonders erwähnt und hat auch für § 23 nur deshalb sachliche Bedeutung, weil der Antrag, wenn begründet, die Zahlungseinstellung zur nothwendigen Voraussetzung hat und deren Feststellung veranlassen muß, anderenfalls aber für § 23 ohne Einfluß ist. Der § 26 ist außerdem für die Fälle der §§ 42, 48 Nr. 3, 49 anwendbar. Vgl. auch Anm. 5 zu § 23.

Die Frist der sechs Monate ist nicht eine Verjährungsfrist, da es sich nicht um den Verlust eines schon entstandenen Rechts durch Nichtgebrauch handelt, das Anfechtungsrecht vielmehr erst mit der Zahlungseinstellung unter Voraussetzung der K.Eröffnung entsteht. Die Vorschrift ist aber eine Bedingung und Beschränkung des Anfechtungsrechts aus § 23, also immerhin eine materiell-rechtliche und nicht prozessualische. Für die Fristberechnung ist daher die C.P.O. weder (mit v. Sarwey S. 158, 159) direkt, noch (mit v. Völderndorff I. S. 316, 317) analog anzuwenden, sondern das bürgerliche Recht, bez. soweit dasselbe nicht direkt bestimmt, die rechtsgebräuchliche Berechnung. Darnach ist von Monat zu Monat, ohne Berücksichtigung eines dazwischen fallenden Schalttages zu rechnen; fehlt der entsprechende Tag im letzten Monat, so tritt dafür der letzte Tag dieses Monats ein. Ist der Konkurs am 31. August eröffnet, so ist nur eine nicht vor dem 28. Februar (im Schaltjahre 29. Febr.) vorgenommene Handlung anfechtbar. Windscheid § 103 Nr. 2 c. Dernburg I. § 70. Wechs.-O. § 32 Nr. 2. H.G.B. Art. 328 Nr. 2. Ob der letzte Tag ein Sonntag oder Feiertag ist, macht keinen Unterschied; eine solche Ausdehnung der Frist würde eine positive Gesetzesvorschrift voraussetzen, zumal da die Frist nach dem objektiven Momente, wenn die anfechtbare Rechtshandlung erfolgt war, und nicht nach dem subjektiven Rechte, wann die Anfechtung erfolgen muß, bestimmt ist. Stieglitz S. 162, 163; Otto S. 122. Vgl. Anm. 3 zu § 24. Bei zeitlicher Trennung der Akte der Rechtshandlung ist diese erst mit dem letzten Akte erfolgt. Im Falle des § 23 Nr. 2 sind die vorangegangenen 10 Tage der Frist nicht noch zuzurechnen, da die Frist durch § 26 absolut bestimmt ist.

§ 27.

Wechselzahlungen des Gemeinschuldners können auf Grund des § 23 Nr. 1 von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.[1)]

Die gezahlte Wechselsumme muß von dem letzten Wechselregreßschuldner[2)] oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem[3)] erstattet werden,[4)] wenn dem letzten Wechselregreßschuldner oder dem Dritten zu der Zeit, als er den Wechsel begab[5)] oder begeben ließ, einer der im § 23 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war.

E. I. 33. P. 100. Abs. 2. 3.

1) Im § 27 ist eine Ausnahme vom § 23 für solche Zahlungen gemacht, welche der G.Schuldner auf Wechsel geleistet hat. Die W.O. knüpft in bestimmten Fällen (Art. 41, 43, 62) an die aus nicht wechselmäßigem Grunde erfolgte Ablehnung einer angebotenen Zahlung den Verlust des Anspruchs an andere Wechselverpflichtete. Zum Regresse gegen Trassanten und Indossanten namentlich muß rechtzeitige Präsentation und Protesterhebung nachgewiesen werden, während der Protest nicht erhoben werden kann, wenn zur Verfallzeit der Wechselschuldner — also auch der als insolvent bereits bekannte nachmalige G.Schuldner als Wechselschuldner — dem Inhaber Zahlung anbietet. Wenn unter solchen Umständen gegen den Inhaber der § 23 Nr. 1 anwendbar wäre, so müßte dieser

nicht blos die ihm vom G.Schuldner gegebene Zahlung zur Masse herausgeben, sondern auch den Regreß gegen die Vormänner verlieren, und würde auch bei Ablehnung der Zahlung keinen Regreß mehr haben. Aus diesem Grunde ist für solche Fälle die Anwendbarkeit des § 23 Nr. 1 ausgeschlossen.

Dagegen ist für Anfechtungen aus § 23 Nr. 2, sowie aus §§ 24, 25 sowohl nach dem Wortlaute als nach dem abweichenden Anfechtungsgrunde, welcher auch für § 23 Nr. 2 im eigentlichen dolus besteht, der § 27 nicht anwendbar.

Die Vorschrift betrifft nicht das Eingehen von Wechselverpflichtungen, sondern nur „Wechselzahlungen des G.Schuldners" d. h. Tilgung einer Wechselverpflichtung desselben durch Zahlung. Zur Anfechtung der Zahlungsannahme ist die Ausschließung des § 23 Nr. 1 allgemein für alle Fälle ausgesprochen, wenn nach Wechselrecht 1. der Empfänger der Zahlung zu deren Annahme verbunden war und zugleich 2. im Falle der Nichtannahme seinen Wechselanspruch gegen andere Wechselverpflichtete verlieren würde.

Zu 1: Zur Annahme einer anderweiten Tilgung als durch Zahlung, also Hingabe an Zahlungsstatt, ist der Empfänger nicht verbunden; sie fällt nebst allen Kategorien der Gewährung von etwas nicht oder nicht in der Art oder nicht in der Zeit zu Beanspruchenden (§ 23 Nr. 2) auch wegen der Voraussetzung zu 1 nicht unter § 27. Derselbe setzt die ordnungsmäßige Zahlung eines Wechselschuldners auf einen fälligen Wechsel voraus. Indeß auch hier, wie überhaupt hinsichtlich der Anfechtbarkeit aus § 23 Nr. 2 fällt die Annahme von Werthmitteln, welche dem baaren Gelde handelsgebräuchlich gleich gelten (Reichskassenscheine, Reichsbanknoten u. s. w.), unter den Begriff der Zahlung.

Zu 2: Wegen der zweiten Voraussetzung ist § 23 Nr. 1 nicht ausgeschlossen, wenn keine andern Wechselverpflichteten dem Inhaber gegenüber vorhanden sind, als nur der G.Schuldner, wenn also z. B. Letzterer einen trockenen Wechsel für den Zahlungsempfänger als ersten Inhaber ausgestellt, oder einen von diesem auf ihn gezogenen an dessen Ordre zahlbaren Wechsel acceptirt hatte, oder wenn ein Regreß an andere Vormänner durch deren Giro ohne Obligo fortfiel; ebenso alsdann nicht, wenn der G.Schuldner als Aussteller eines gezogenen oder als Indossant eines gezogenen oder eigenen Wechsels den Wechsel eingelöst hätte, weil dann der Inhaber, von welchem er ihn einlöste, die Einlösung aus dem Grunde ablehnen konnte, daß der Anbietende zahlungsunfähig war und dann doch sein Regreßrecht nicht verlor, sondern an den Hauptwechselschuldner, den Acceptanten des gezogenen oder den Aussteller des eigenen Wechsels, sowie an die anderen Wechselverpflichteten sich halten konnte. Vgl. Renaud, Wechselr. § 84 Anm. 16. Mot. 143. Im Art. 48 W.O. ist die Folge eines Verlustes des Regresses im letzten Falle weder ausgesprochen, noch selbstverständlich. A.M. v. Völderndorff I. S. 325. — Auch die Annahme einer Zahlung nach erfolgter Protesterhebung wird vom § 27 nicht betroffen. Sie hat den Verlust des Regresses nicht mehr zur Folge und hängt mit der hier zu lösenden Kollision nicht zusammen. Die Annahme nach dem Proteste ist daher nach § 23 Nr. 1 anfechtbar. — War der Wechsel nur zur Einkassirung girirt, so kommen für die Frage, ob der Inkasso-Indossatar bez. sein Indossant einen Wechselanspruch gegen Andere haben oder verlieren würden, beide nur als eine Person, der Indossatar mithin nur als Beauftragter in Betracht. Sowohl für das K.Feststellungsverfahren als mit Rücksicht auf die Motivirung des Abs. 2 § 27 (vgl. nachst. Anm. 2, 3) sind die dem Wechselbezuge zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse mit zu berücksichtigen. Der Inkasso-Indossatar setzt bei der Ablehnung der Zahlung, wenngleich nicht seinen Wechselanspruch, so doch den seines Machtgebers in Frage und sofern es sich, wie bei der ratio legis für § 27 beabsichtigt ist, um die rechtliche Stellung Beider zu Dritten handelt, so kommen die Erwägungen nicht in Betracht, aus welchen der Inkassomandatar die Anerkennung seines formalen Wecheleigenthums auch gegen Dritte verlangen kann. Vgl. R.O.H. 6, 44; 10, 386 zu W.O. Art. 17. Der Mandatar ist im

Sinne des § 27 Empfänger. Stieglitz S. 164, 165; Otto S. 71; v. Völderndorff I. S. 326. Abweich.: Mot. 142 Abs. 2.

Im E. I. § 33 waren nur die Hauptfälle betroffen, wenn der G.Schuldner letzter Wechselschuldner, nämlich Acceptant eines auf ihn gezogenen oder Aussteller eines eigenen Wechsels war, und war als Bedingung der Ausschließung des § 23 entsprechend festgesetzt: wenn der Empfänger der Zahlung eines Protestes zur Verfolgung gegen Andere bedarf und ein Protest in Folge der Zahlung nicht erhoben worden ist. Die Vorschrift ist von der Vork. indeß allgemeiner gefaßt, und umfaßt alle Fälle einer Wechselzahlung, so auch, wenn der zahlende G.Schuldner Domiziliat, Nothadressat, Ehrenacceptant oder Ehrenintervenient ist, bez. W.O. Art. 43, 62.

2) Abs. 2 soll die K.Masse vor einem Mißbrauche des Abs. 1 schützen. Wenn der G.Schuldner als Bezogener bez. als Aussteller eines eigenen Wechsels dem dritten Wechselinhaber unanfechtbar gezahlt hatte, wenn also § 23 Nr. 1 gemäß § 27 Abs. 1 fortfällt, so ist dem letzten Wechselregreßschuldner, d. h. demjenigen, welcher gegen keinen Anderen, als gegen den G.Schuldner einen Regreß oder Wechselanspruch geltend machen konnte, die Wechselzahlung zu Gute gekommen. Durch Begebung des Wechsels erhielt er die vom G.Schuldner verschriebene Summe (oder bei früherer Diskontirung deren Werth) zwar nicht direkt vom G.Schuldner, aber so, daß seine Nachfolger sie vom G.Schuldner fordern konnten, und daß andernfalls im Wege des Regresses er selbst einlösen mußte und seinerseits sie nur vom G.Schuldner einfordern konnte. Kannte er dessen Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag, so hätte er den Betrag nach § 23 Nr. 1 vom G.Schuldner wirksam nicht einziehen können; und wenn er dennoch den Wechselbetrag zufolge der Ausschließung des § 23 Nr. 1 behielte, so könnte er durch Begebung an Dritte die Absicht des Gesetzes umgehen. Deshalb ist für solche Fälle ihm die Erstattung der Wechselsumme zur K.Masse auferlegt; wogegen er nach § 32 dann in seine Wechselforderung (bez. sonstige Forderung) gegen den G.Schuldner wieder eintritt. Es wird also zur Herstellung des Prinzips des § 23 Nr. 1 in diesem Falle gewissermaßen fingirt, es habe der G.Schuldner an den letzten Wechselregreßschuldner unmittelbar gezahlt. Mot. 140. Ein Gläubiger, welcher von der Zahlungseinstellung Kenntniß hatte, also gemäß § 23 Nr. 1 vom nachmaligen G.Schuldner nicht mehr hätte Zahlung annehmen dürfen, soll sich nicht unmittelbar durch einen Dritten Zahlung verschaffen dürfen. Prot. 25. Uebrigens betrifft Abs. 2 ebenso wie Abs. 1 nicht blos die Hauptfälle, wenn der Kridar als Bezogener oder als Aussteller eines eigenen Wechsels zahlte, sondern alle Wechselzahlungen.

Unter der gezahlten Wechselsumme ist gemäß dieser Motivirung die vom G.Schuldner auf den Wechsel gezahlte Summe einschließlich der Protestkosten zu verstehen.

3) Falls der aus dem Wechsel sich formell als letzter Regreßschuldner Zeigende in der That nicht derjenige ist, welcher durch die Begebung des Wechsels bereichert sein würde — und nur dieser soll durch die Erstattungspflicht des Abs. 2 getroffen werden —, so soll diese Pflicht gegen den Dritten begründet sein, welcher thatsächlich bereichert ist, und für welchen der Wechsel in Umlauf gesetzt ist. „Der Trassant kann im Auftrage und für Rechnung des Remittenten oder des ersten Indossatars gezogen haben. Der Name desjenigen, für den der Wechsel in Umlauf gesetzt ist, kann auch völlig auf dem Wechsel fehlen; er kann den Wechsel für sich durch einen Andern haben ziehen und begeben lassen; auch durch Blanko-Giro kann der persönliche Gläubiger operiren." In diesen Fällen soll deshalb nicht der wechselmäßig letzte Regreßschuldner, sondern jener Dritte die Wechselzahlung erstatten. „Mit Hülfe des letzten Wechselregreßschuldners, der sich zu entlasten hat, wird man die Person des Verpflichteten leicht ermitteln." Der gemäß dem Wechsel letzte Regreßschuldner, welcher auf Grund des § 27 Abs. 2 in Anspruch genommen wird, kann als Einwand geltend machen, daß ein solches Verhältniß: er habe den Wechsel für

Rechnung eines Dritten begeben, vorliegt. Mot. 141. Dies ist indeß Sache eines von ihm aufzustellenden und also auch zu beweisenden Einwandes; nach der Fassung des Abs. 2 und der durch den Wechsel gebotenen Nothwendigkeit, sich an dessen Inhalt zu halten, ist die Rückforderung gegen den wechselmäßig letzten Wechselregreßnehmer die Regel und ein weiterer Rückgriff die dem Wechsel nicht anzusehende Ausnahme. Otto S. 72; Hullmann S. 152. Im E. I. § 33 war nur der letzte Regreßpflichtige als der Erstattungspflichtige bezeichnet; es sollte indeß auch nach den Mot. des E. I. S. 181 der wirklich Bereicherte erstattungspflichtig sein. Die jetzige Redaktion ist dann von der Vork. beschlossen.

Die Vorschrift der P. § 100 Abs. 2, 3, welche für die Hauptfälle der Zahlung des Kridars als Bezogenen oder als Ausstellers eines eigenen Wechsels in ähnlicher Weise disponirte, ist gemäß den in Anm. 1, 2, 3 referirten Erwägungen der Mot. abgeändert, weil sie in vielen Fällen Zahlungsempfänger nicht traf, welche in der Lage und daher verpflichtet waren, die vom G.Schuldner angebotene Zahlung zurückzuweisen (vgl. Entsch. 64, 352, Strieth. 81, 27) und in anderen Fällen die Erstattungspflicht nicht den vorbemerkten Erwägungen gemäß regelte. Mot. 141, 142.

4) Soweit nach § 27 Abs. 2 eine Erstattungspflicht begründet ist, und ebenso soweit § 27 Abs. 1 nicht anwendbar, also vielmehr § 23 Nr. 1 anwendbar ist, wird die Anfechtung durch die inzwischen eingetretene Regreßverjährung nicht ausgeschlossen. Mot. 143.

5) Der Zeitpunkt der Begebung ist allein entscheidend, weil nur durch die Begebung der Gläubiger das Geld erheben konnte. „Begeben heißt nicht blos „indossiren", sondern bedeutet allgemein Uebertragung und Uebergabe des Wechsels; auch der Aussteller, der ihn dem Remittenten hingiebt, begiebt den Wechsel." Mot. 141. (Im E. I. § 33 war mit Rücksicht auf den Aussteller, welcher einen andern Remittenten benennt, gesagt: „ausstellte oder begab". Mot. v. 1873 S. 181.)

§ 28.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt,[1] oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.[2]

E. I. 34. P. 104.

1) Ein vollstreckbarer Schuldtitel, welcher „für die anzufechtende Rechtshandlung erlangt" ist, hat nicht die Wirkung, die Anfechtung auszuschließen. Der Grundsatz gilt für alle vollstreckbaren Schuldtitel: rechtskräftige oder vorläufig vollstreckbare Urtheile C.P.O. § 644, vollstreckbare Vergleiche und Entscheidungen § 702 Nr. 1, 2, 3, Vollstreckungsbefehle im Mahnverfahren § 702 Nr. 4, vollstreckbare Schuldurkunden § 702 Nr. 5, landesgesetzlich vollstreckbar erklärte Schuldtitel § 706 und Arreste §§ 808 ff. Es macht für jenen Grundsatz der Verneinung der Wirkung gegen die Anfechtung keinen Unterschied, ob das Urtheil nur vorläufig vollstreckbar oder rechtskräftig ist. Kein vollstreckbarer Titel kann der Anfechtung entgegengesetzt werden. — Ebenso gilt der Grundsatz für alle anfechtbaren Rechtshandlungen. Eine Rechtshandlung, welche an sich anfechtbar wäre, wenn sie durch keinen vollstreckbaren Titel unterstützt wäre, bleibt auch dann, wenn sie durch einen solchen unterstützt wird, hinsichtlich der Anfechtung den K.Gläubigern gegenüber ebenso unwirksam, wie wenn der vollstreckbare Schuldtitel nicht vorhanden wäre. Der vollstreckbare Schuldtitel bleibt ebenso, wie die Rechtshandlung selbst, an sich gültig und unter den Betheiligten bez. gegenüber dem G.Schuldner wirksam. Er steht nur der Geltendmachung des Anfechtungsrechts für

die Gläubiger nicht entgegen. Anm. 2 zu § 22. Eine Vollstreckung des Urtheils diesen gegenüber „wäre gerichtliche Hilfsvollstreckung einer Rechtsverletzung".

Gegenstand der Anfechtung sollen indeß nur die gesetzlich anfechtbaren Rechtshandlungen sein. Mot. 119—121, 132, 143. Im E. I. § 34 war zugesetzt: „Einer Anfechtung des Vollstreckungstitels bedarf es nicht". Dies ist als selbst- bez. mißverständlich gestrichen. Daß es die Rechtshandlung ist, gegen welche die Anfechtung zu richten ist, hat auch im ersten Satze des § 28 Ausdruck gefunden („für die anzufechtende Rechtshandlung"), ebenso daß durch deren Anfechtung nach dem Maße ihrer Begründung zugleich die Wirksamkeit des dafür erlangten Titels beseitigt wird. Die Mot. zu § 28 S. 143, 144 bemerken: „Der Vollstreckungstitel, der nur zwischen den Parteien, dem G.Schuldner und dessen Gegner, wirkt, berührt nicht die Gläubiger und braucht daher nicht angefochten zu werden." Da diese Bemerkung nur mit Bezug auf die Geltendmachung des Anfechtungsrechts gemäß § 28 gemacht ist, so ist sie nur dahin zu verstehen, daß der Vollstreckungstitel, sofern es sich um Anfechtung handelt, nicht gegen die Gläubiger wirkt und daß zur Erzielung der Anfechtungswirkung nicht eine direkte Beseitigung des Titels nöthig ist. In diesem Sinne ist die Bemerkung zutreffend und zur Auslegung nutzbar. Vgl. Otto S. 87; Petersen S. 159 gegen v. Völderndorff I. S. 333 ff. Aus diesen Grundsätzen ergeben sich die Folgerungen für die verschiedenen Klassen anfechtbarer Handlungen ihrem vollstreckbaren Schuldtitel gegenüber:

a. Die in C.P.O. § 702 Nr 1, 2, 5 bezeichneten Vergleiche und vollstreckbaren Schuldurkunden, ebenso preuß. schiedsmännische Vergleiche, § 706, Schiedsm.O. v. 28. März 1879 § 32, erlangen bei ihrer Entstehung zugleich den vollstreckbaren Schuldtitel. Anzufechten ist die Abschließnng des Vergleichs bez. die Anerkennung des in der exekutorischen Urkunde festgestellten Anspruchs, nach §§ 23—25, wie wenn Vergleich bez. Anerkenntniß ohne vollstreckbaren Titel erfolgt wären; der letztere kann nach § 28 der Anfechtung nicht entgegen gesetzt werden. Der § 28 ist nicht auf den Fall beschränkt, daß der vollstreckbare Titel erst nach der Rechtshandlung erlangt ist, sondern umfaßt auch die gleichzeitige Entstehung beider.

b. Ist eine anfechtbare Rechtshandlung des G.Schuldners (Schuldverpflichtung 2c.) vorangegangen und nachher zu deren Realisation ein vollstreckbares Urtheil 2c., C.P.O. §§ 644, 702 Nr. 3, 4, 808, ergangen, so ist ebenfalls die Anfechtung gegen die Rechtshandlung zu richten. Einer Entgegensetzung des vollstreckbaren Titels steht hier, wie zu a, die Unwirksamkeit hinsichtlich der Anfechtung gemäß § 28 entgegen, selbst wenn der Titel in einem rechtskräftigen Urtheil besteht, welches hinsichtlich des Anfechtungsanspruchs für die Gläubiger kein Recht schaffen soll.

c. Dasselbe gilt, wenn durch fraudulöses Verhalten des G.Schuldners während des Rechtsstreits, ausdrückliche oder durch Versäumniß begründete Anerkenntnisse oder Verzichte, C.P.O. §§ 277, 278, 295, 296, thatsächliche Geständnisse, §§ 129, 261, Unterlassung des Widerspruchs im Mahnverfahren, §§ 634, 639, 640 ein vollstreckbarer Schuldtitel ermöglicht ist. Die Anfechtung richtet sich auch hier gegen die anfechtbare Handlung mit dem Antrage auf Rückgewähr der durch dieselbe weggegebenen Rechte bez. Werthe, § 30; und dem Einwande aus dem vollstreckbaren Titel steht auch hier entgegen, daß dieser der Anfechtung gegenüber für die Handlung keine Wirkung hat.

d. Bei den nach dem Schlußsatze des § 28 (vgl. nachst. Anm. 2) anfechtbaren Zwangsvollstreckungs- und Arrestvollziehungshandlungen kommt nicht ein nachfolgender Vollstreckungstitel, wie zu b und c, oder ein gleichzeitig entstehender, wie zu a, in Betracht, sondern ein vorangegangener. Auch hier kann dieser Voll-

streckungstitel und dessen Inhalt der Anfechtung nicht entgegengesetzt werden. Die Zeit des Vollstreckungs titels ist dabei nicht von Einfluß; entscheidend ist, ob die anfechtbare Handlung in der kritischen Zeit erfolgte. Die Handlung bleibt, selbst wenn der Titel in einem vor der kritischen Zeit ergangenen rechtskräftigen Urtheil besteht, ebenso anfechtbar, als wenn die durch die Vollstreckungshandlung gewährte Sicherung oder Befriedigung vom G.Schuldner freiwillig und ohne das vorangegangene Urtheil gewährt wäre. Im ersten Satze des § 28 ist jeder für die anfechtbare Rechtshandlung erlangte vollstreckbare Schuldtitel rücksichtlich der Anfechtung für unwirksam erklärt, ohne Unterscheidung, ob und wann er vor oder nach der Rechtshandlung erlangt ist.

In allen diesen Fällen wird durch das aus dem vollstreckbaren Schuldtitel seither erwachsene Vollstreckungsrecht für den Anfechtungsgegner kein materielles Recht und keine Einrede mit der Wirkung begründet, daß eine für den Anfechtungsanspruch wesentliche Streitfrage dadurch bereits rechtsverbindlich den Gläubigern gegenüber entschieden sei. Dies folgt aus dem Grundsatze, daß der Titel weder direkt noch indirekt die Wirkung hat, eine Anfechtung auszuschließen. Demnach ist der Anfechtende nicht an die im Vollstreckungstitel erfolgte Feststellung der Rechte gebunden. Er kann ein darin als lästiges Rechtsgeschäft (Kauf ꝛc.) festgestelltes Verhältniß als unentgeltliche Verfügung anfechten. Stieglitz S. 168; v. Völdernborff I. S. 336; Petersen S. 160; Otto S. 87. (A.M. v. Sarwey S. 165.) In gleicher Konsequenz kann, sofern die Handlung selbst nicht vor der kritischen Zeit erfolgt und dadurch der Anfechtung entzogen ist, der Anfechtungsgegner sich nicht darauf berufen, daß durch den Vollstreckungs titel bereits die Forderung als fällige festgestellt sei, bez. daß er auf Grund des Titels Sicherung oder Befriedigung in der erfolgten Art und Zeit zu beanspruchen habe, § 23 Nr. 2 oder daß der G.Schuldner im Falle des § 25 Nr. 2 zufolge des Titels zur Sicherung oder Rückgewähr des Vermögens seiner Frau durch Gesetz oder früheren Vertrag verpflichtet war. Abweichend spricht Otto S. 91 dem Gläubiger das Recht zu, gegen die Anwendung des § 23 Nr. 2 sich darauf zu berufen, daß er durch einen vor den kritischen 10 Tagen begründeten Vollstreckungstitel einen Anspruch auf Sicherung erworben habe, wenngleich die Pfändung erst innerhalb der kritischen Zeit erfolgte. Das hieße jedoch gegen die eigenen Ausführungen Otto's S. 87, 89 dem Vollstreckungstitel theilweise die Wirkung beizumessen, die Anfechtung dennoch auszuschließen. Vgl. Anm. 9. II. zu § 23 und das in Anm. 9 I. (am Schluß) zu § 23 bezogene Urtheil des Reichsgerichts v. 6. Dezbr. 1880. — Insoweit der Inhalt des Urtheils durch die Anfechtung nicht berührt wird, wirkt derselbe auch den K.Gläubigern gegenüber, weil die Wirksamkeit nur bezüglich der Anfechtung beschränkt ist.

In prozessualischer Beziehung hat dagegen allgemein (und zwar deshalb, weil bis zur Anfechtung bez. bis zur erfolgreichen Anfechtung der Vollstreckungstitel seine formale Bedeutung hat und die Anfechtung begriffgemäß (Anm. 4 zu § 22) nur durch die Thätigkeit und Rechtsbehelfe des Anfechtenden wirksam gemacht werden kann) der Vollstreckungstitel seinen Einfluß auf die Formen, in welchen der Verwalter die Anfechtung geltend zu machen hat. Ist der Rechtsstreit, in welchem der Vollstreckungstitel ergangen ist, noch anhängig, so kann der Verwalter, den Rechtsstreit als Vertreter des G.Schuldners fortsetzend, aufnehmend bez. durch Rechtsmittel, Einspruch verfolgend, darin die Anfechtung geltend machen. Gründet sich der Vollstreckungstitel auf ein rechtskräftiges Urtheil, einen Vergleich oder eine vollstreckbare Schuldurkunde, so ist der Verwalter zur Klage genöthigt: gegen angemeldete Konkursforderungen nach § 134 (Abs. 6), zur Beseitigung der Vollstreckungshandlungen nach C.P.O. §§ 686, 688, in anderen Fällen zur besonderen Klage im zutreffenden Gerichtsstande, vgl. Anm. 4, 5 zu § 22, Anm. 9 II. zu § 23, Anm. zu § 29.

2) Eine Rechtshandlung (Leistung), welche, wenn vom G.Schuldner freiwillig vorgenommen, anfechtbar wäre, bleibt ebenso anfechtbar, auch wenn sie durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes gegen den G.Schuldner erwirkt worden ist. Dieser Grundsatz des zweiten Satzes des § 28 normirt den Kreis der anfechtbaren Rechtshandlungen, vgl. Anm. 1 zu § 22, Anm. 5 zu § 23.

Der Anfechtung kann nicht entgegen gesetzt werden, die Rechtshandlung sei keine freiwillige, sondern durch Zwangsvollstreckung oder Arrest erzwungen. Die Rechtshandlung bleibt auch ungeachtet dieses Zwanges den K.Gläubigern gegenüber ebenso unwirksam, als wenn eine Vollstreckung oder ein Arrest nicht erfolgt, sondern freiwillig vom G.Schuldner an den Dritten geleistet wäre (coactus voluit). Der für die P. vom Obertribunal hinsichtlich der Beitreibung durch Exekution bez. des Arrestes aufgestellte entgegengesetzte Grundsatz (Entsch. 38, 407, 427; 51, 416, Striethh. 28, 197; 49, 293) ist hierdurch beseitigt. Der Vorschrift der P. § 104, daß der Anfechtung das Hinzutreten eines vollstreckbaren Schuldtitels nicht entgegenstehe, ist deshalb im § 28 hinzugefügt, daß die Anfechtung auch bei Erwirkung durch Zwangsvollstreckung oder Arrest nicht ausgeschlossen wird. Ohnehin erfolgt die im Wege der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher oder das Gericht bewirkte Leistung aus dem Vermögen des Schuldners in dessen Stellvertretung (C.P.O. §§ 675, 716, 720, 736 ff., 808), so daß mit der Handlung des Gläubigers eine Handlung des G.Schuldners konkurrirt. Mot. 120. Vgl. Strieth. 60, 167; 57, 312. Präj. d. Obertrib. Nr. 535. Die Anfechtbarkeit ist durch den Grundsatz des § 28 auch für solche Rechtshandlungen bestimmt, welche auf Grund der C.P.O. § 757 nach landesgesetzlicher Vorschrift die Sicherung einer Forderung aus dem Grundstücke des G.Schuldners herbeiführen, selbst wenn dabei eine Handlung des G.Schuldners oder eines Vollstreckungsorgans (außer der Vollstreckungsklausel) in keiner Weise konkurrirte; mithin für den unmittelbar an den Grundbuchrichter zu richtenden Antrag des Gläubigers auf Eintragung einer vollstreckbaren Forderung bez. einer Vormerkung nach § 22 preuß. Ges. v. 4. März 1879. Auch eine solche Maßregel gilt hinsichtlich der Anfechtung als Rechtshandlung des G.Schuldners, indem das Gesetz die Ergänzung seines Willens dadurch geschehen läßt, daß das Gericht durch die Vollstreckbarkeitserklärung den Gläubiger selbst ermächtigt, statt des G.Schuldners die Sicherung zu veranlassen. Vgl. Anm. 9 II. zu § 23.

Immerhin bleibt es zumal mit Rücksicht auf die Zeit, wann die anfechtbare Handlung erfolgte, sowie auf die Wirkung der Rückgewähr dessen, was „durch die „anfechtbare Handlung" entzogen ist (§ 30) von Wichtickeit, auch hier festzuhalten, daß die anfechtbare Handlung nicht in der richterlichen Zulassung der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes besteht, sowenig wie im Urtheile oder im sonstigen vollstreckbaren Schuldtitel (Anm. 1), sondern in der, durch Exekution oder Arrest erwirkten Leistung oder Sicherung aus dem Vermögen des G.Schuldners.

§ 29.

Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter[1] ausgeübt.[2]

E. I. 36. P. 112.

1) Nach röm. R. konnte nur derjenige Gläubiger anfechten, dessen Benachtheiligung der Schuldner beabsichtigt und bewirkt hatte. Im Gegensatze hierzu ist der Verwalter zur Ausübung des Anfechtungsrechts legitimirt erklärt, als derjenige, welcher zur Verwirklichung des K.Anspruchs der Gläubiger auf gemeinschaftliche Befriedigung die hierzu dienende K.Masse in Verwaltung zu nehmen und, soweit sie geschmälert ist, herzustellen hat. Ist eine Veräußerung gesetzlich anfechtbar, so gehört das fortgegebene Stück noch zur Befriedigungsmasse, auf welche alle jetzigen unbefriedigten Gläubiger, auch dieje-

nigen, welche es erst nach der unrechtmäßigen Verringerung wurden, ein Recht haben, §§ 2, 5. Mot. 144, 145.

Daß dem Verwalter, und zwar ihm ausschließlich (vgl. Anm. 2) die Ausübung des Anfechtungsrechts übertragen ist, macht den Verwalter nicht zum gesetzlichen Vertreter der Gläubiger. Er bleibt vielmehr, wie in Vorbem. 2 III. vor § 22 erörtert ist, Vertreter des G.Schuldners mit der Aufgabe, ihn, so wie er konkursgesetzmäßig sich zu verhalten hat und demgemäß zu vertreten ist, im Interesse der K.Gläubiger hinsichtlich ihres K.Anspruchs behufs der Herbeischaffung der Befriedigungsmasse zu vertreten. Ihm ist als Verwalter, d. h. als dem Vertreter des G.Schuldners durch das positive Gesetz des § 29 die Ermächtigung gegeben, das Anfechtungsrecht auszuüben, wenngleich dasselbe allerdings aus den Befriedigungsrechten der Gläubiger entspringt und ohne die ausdrückliche Gesetzesvorschrift nach konsequenter juristischer Konstruktion als jus tertii für ihn erscheinen mag. Nicht weil er „Vertreter" der Gläubiger im Sinne der C.P.O. § 50 ist, sondern obgleich er es nach § 5 nicht ist und das Interesse der Gläubiger nur den Zweck seiner Thätigkeit bestimmt, ist ihm die Ausübung des Anfechtungsrechts übertragen. Demgemäß wird die Vorschrift auch in den Mot. wesentlich aus Zweckmäßigkeitsgründen gerechtfertigt: das Recht entspringe den Rechten der Gläubiger; dies gelte aber auch für das ganze Amt des Verwalters. Es handle sich um fortgegebene Werthe des G.Schuldners und deren Zurückführung zur Befriedigungsmasse desselben. Aus praktischen Gründen, welche der Geltendmachung durch die Gläubiger, alle oder einzelne entgegenstehen und welche einen Unterschied, ob frühere oder spätere Gläubiger bei einer früheren Benachtheiligung betheiligt seien, nicht rathsam erscheinen lassen, sei die Ausübung dem Verwalter ausschließlich übertragen. Die gesammte Motivirung S. 144, 145 ist wörtlich übereinstimmend mit den Mot. des E. I. § 36 S. 186–188, obgleich der E. I. den Verwalter bestimmt als den gesetzlichen Vertreter des G.Schuldners ansah, vgl. S. 39; die Mot. des E. I. leiten nur ihre Begründung mit den Worten ein: „allerdings entspringt das Anfechtungsrecht den Befugnissen der Gläubiger, und der Verwalter vertritt nicht diese, sondern den G.Schuldner; allein das ganze Amt u. s. w.", während die Mot. S. 144 zur Einleitung dahin gestellt sein lassen: „man fasse ihn als Vertreter der Gläubiger auf oder als Kurator des G.Schuldners." Vgl. Mandry S. 388, 389; Wengler S. 233, 234.

Die auffällige Bemerkung von Otto S. 155, wen der Verwalter bei der Anfechtung vertrete, sei „eine für die Praxis vollkommen unerhebliche Schulfrage" wird durch die tägliche Praxis und die Konsequenzen der Lösung widerlegt. Die Frage ist praktisch um so mehr folgenreich, wenn man den Verwalter mit Schultze S. 64 ff. und Otto S. 156 im Uebrigen als Vertreter des G.Schuldners und nur hinsichtlich der Anfechtung als Vertreter der Gläubiger ansieht. Folgerichtig könnte dann der Verwalter, welcher an Stelle des G.Schuldners vindizirt, gegen die Einrede aus einem Rechtsgeschäfte des G.Schuldners nicht in demselben Prozesse mit der Anfechtung desselben aus dem Rechte der Gläubiger repliziren und bei Einziehung von Aktivansprüchen sowie überhaupt den Einwendungen aus den Verhandlungen des G.Schuldners könnte er nicht deren Unwirksamkeit auf Grund der Anfechtbarkeit entgegensetzen, vgl. Anm. 4 zu § 22; auch umgekehrt dem Anfechtungsgegner seinerseits nicht Einwendungen aus der Person des G.Schuldners entgegenstellen. Die Prozeßfolgen, je nachdem der G.Schuldner oder die Gläubiger die von ihm vertretene Partei ist, sind verschieden, insbesondere die Zulässigkeit der Eideszuschiebung, C.P.O. §§ 435, 410, die Vernehmung der Gläubiger bez. des G.Schuldners als Zeugen, C.P.O. § 358 Nr. 4, ebenso die Antwort auf die Frage, ob der G.Schuldner oder wer sonst nach der Konkursbeendigung hinsichtlich eines noch schwebenden Anfechtungsprozesses bez. der Kosten desselben noch betheiligt ist, vgl. Anm. 3 zu § 22 und nächst. Anm. 2. Ist der

Verwalter bei der Anfechtung einer Pfändung Vertreter der Gläubiger, also Dritter, so ist C.P.O. § 690, andernfalls sind die §§ 686, 688 für ihn maßgebend, und darnach entscheidet sich die in jedem solchen Falle sofort aufzuwerfende Frage nach der Zuständigkeit des Gerichts, welche um so wichtiger ist, als die Gerichtsstände des ersten Buches der C.P.O. (§ 707) ausschließliche sind. Vgl. Anm. 4 zu § 22.

Ueber die Formen der Ausübung des Anfechtungsrechts vgl. Anm. 4, 5, zu § 22.

2) Nur der Verwalter kann das Anfechtungsrecht ausüben, nicht einzelne Gläubiger, auch nicht sämmtliche einzelne Gläubiger. Demnach kann auch eine angemeldete Konkursforderung nicht von einem anderen Gläubiger aus dem Grunde der Anfechtung bestritten werden. Prot. 92. A.M. Mandry S. 389. Im E. I. § 36 war, übereinstimmend mit P. § 112 und bayr. P.O. § 1230 für den Fall, daß der Verwalter das Recht nicht ausübt, dasselbe jedem K.Gläubiger zu Gunsten der K.Masse eingeräumt; das Erstrittene sollte zur Gemeinmasse fließen und die Kosten sollten, soweit das Erstrittene reiche, dem Gläubiger daraus erstattet werden. Mot. v. 1873 S. 188, 189. Dies ist von der Vork. wegen der Bedenklichkeit der Legitimation gegenüber dem Systeme der K.O. und wegen der Unzuträglichkeiten solcher Prozesse für alle Theile beseitigt. Mot. 146. In der R.K. wurde erfolglos angeregt, die Vorschrift der P. § 112, welche übrigens nicht praktisch geworden ist, aufzunehmen. Prot. 25—27. Wegen der Mittel, den Verwalter zur Ausübung des Anfechtungsrechts anzuhalten vgl. §§ 75, 76; hinsichtlich der Genehmigung des Gläubigerausschusses vgl. §§ 121, 123, 124.

Die K.O. „läßt zur Ausübung des Anfechtungsrechts die Gläubiger in keiner Weise zu." Mot. 146. Falls indeß der Verwalter das Anfechtungsrecht ausübt, so sind die Gläubiger wegen ihres rechtlichen Interesses als Nebenintervenienten gemäß C.P.O. § 63 mit ihrer dadurch bedingten Abhängigkeit vom Verwalter (C.P.O. § 64) — nicht als selbständig berechtigte Streitgenossen des Verwalters, C.P.O. §§ 66, 58 — zuzulassen. Prot. 26. Ebenso Petersen S. 162; und unter allgemeiner Bezugnahme auf C.P.O. §§ 63 ff. Hullmann S. 153; v. Völdernborff I. S. 340; Stieglitz S. 171. Abweichend wollen Schultze a. a. O. S. 68, 69 und Otto S. 154 den Gläubiger auch nicht als Intervenienten zulassen, weil dies eine Ausübung des Anfechtungsrechts enthielte. Indeß die Zulassung der Intervention mit den Befugnissen aus C.P.O. § 64 überträgt ebensowenig die Ausübung dieses Rechts, wie die Intervention für den Kläger bei einem andern Prozesse die Ausübung des Klagerechts enthalten würde. Nur eine selbständige Streitgenossenschaft nach § 66 C.P.O., welche Schultze eventuell allein als möglich statuirt, würde eine thatsächliche Ausübung des Anfechtungsrechts enthalten.

Auch nach Beendigung des Konkurses ist das nur für den Konkurs geltende Anfechtungsrecht der K.O. zu Gunsten einzelner Gläubiger nicht anwendbar. Kein Gläubiger kann dann eine Anfechtung, welche der Verwalter nach §§ 22 — 34 hätte geltend machen können, für sich begründen. Die Anfechtungsgründe setzen voraus, daß die zurückzugewährenden Objekte der K.Masse für den gemeinschaftlichen K.Anspruch zuzuführen sind, §§ 30, 2. Wenn sich nach der Beendigung des Konkurses noch Objekte ermitteln, welche mit Hülfe eines Anfechtungsrechts der Masse gewonnen werden können, so ist § 153 Abs. 2 anwendbar. Hat der Verwalter die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts gekannt, so kann darin unter Umständen eine Genehmigung desselben gefunden werden, Stieglitz S. 172; die Unterlassung der Anfechtung kann jedoch auch in Rücksicht auf eine Resultatlosigkeit der Anfechtung bei den Vermögensverhältnissen des Gegners ihren Grund haben. Die einzelnen Gläubiger können nach der K.Beendigung Anfechtungsrechte gemäß § 13 Abs. 4 Ges. v. 21. Juli 1879 geltend machen, sofern der Gegner nicht „dem Anspruche entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt hat," wozu auch die ausdrückliche oder konkludente Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch den Verwalter gehören würde.

Falls zur Zeit der Beendigung des Konkurses noch ein Prozeß wegen Anfechtung schwebt — was bei der Beendigung durch Vertheilung zwar nicht vorkommen kann, §§ 149, 150, wohl aber beim Akkorde oder einer Einstellung, §§ 175, 188 ff. — so kann der Prozeß auf Grund der Vorschriften der K.O. über Anfechtung nicht mehr fortgesetzt werden. Prot. 26, 27. Der G.Schuldner, welcher die vom Verwalter geführten Prozesse weiter zu führen hat, kann einen solchen Prozeß schon deshalb auf Grund der K.O. nicht durchführen, weil die Rechtshandlungen nach § 22 nicht ihm, sondern nur den K.Gläubigern gegenüber unwirksam sind. Vgl. hierüber und hinsichtlich der Kosten eines solchen Prozesses Anm. 3 zu § 22.

Neben dem durch die §§ 22—34 geregelten Anfechtungsrechte des Verwalters besteht das Anfechtungsrecht nach dem Ges. v. 21. Juli 1879 „außerhalb des Konkursverfahrens." Abgesehen von der Anwendung desselben seitens einzelner Gläubiger vor oder nach einem Konkurse kann nach demselben während eines Konkurses a) jeder Gläubiger Rechtshandlungen anfechten, welche der G.Schuldner rücksichtlich seines nicht zur K.Masse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, vgl. Anm. 3 zu § 11; b) ein absonderungsberechtigter Gläubiger als solcher Rechtshandlungen anfechten, gleichviel, ob sie vor oder während des Konkurses vorgenommen sind, vgl. Anm. 3 zu § 22. Die Anfechtung eines Absonderungsberechtigten, welche vom K.Verfahren nicht berührt wird, § 3 Abs. 2, ist von dem Rechte des Verwalters unabhängig, kann auch nach einem Verzichte des Verwalters oder nach der Verjährung des § 34 geltend gemacht werden; und unterliegt überhaupt nicht den Einreden, welche den Anfechtungen gegen den Verwalter zustehen würden, so wie auch der Anfechtung des Letzteren nicht Einreden aus dem Verhältnisse zum Absonderungsberechtigten entgegenzusetzen sind. Dieser und der Verwalter können neben einander in demselben Prozesse (C.P.O. §§ 56, 57) oder in verschiedenen Prozessen dieselbe Rechtshandlung, z. B. die Veräußerung eines Pfandes anfechten, etwa ein Pfandgläubiger zur Rückgewinnung des Pfandes, der Verwalter zur Feststellung der Verpflichtung, den für den Pfandgläubiger nicht nöthigen überschießenden Pfanderlös bez. die überschießenden Pfänder zur Masse zu gewähren. v. Sarwey S. 167; Petersen S. 162, 163; Stieglitz S. 171; v. Völdernbdorff I. S. 338, 339; Otto S. 221, 223.

Sind vor dem Konkurse schon von Konkursgläubigern, d. h. solchen Gläubigern, welche nach der K.Eröffnung begrifflich dazu gehören, § 2, Anfechtungsansprüche erhoben, so gehen diese mit der K.Eröffnung in dem Gesammtrechte aller Gläubiger auf, § 13 Abs. 1, 2 Anf.Ges. Das Individualrecht des einzelnen anfechtenden Gläubigers hört als solches zwar nicht auf; der Anspruch kann aber nur noch von dem Verwalter verfolgt werden. Der früher prozeßführende Gläubiger verliert nicht sein Recht selbst, welches er unter Umständen nach dem Konkurse wieder geltend machen kann, § 13 Abs. 4; er verliert aber seine Aktivlegitimation während des Konkurses an den Verwalter, Mot. z. Anf.Ges. S. 666 ff., und hat, da er durch seinen Prozeß nicht ein dingliches Recht verfolgt, für seine Forderung kein Vorrecht in dem Erstrittenen, sondern nur dem Verwalter gegenüber den Massenanspruch, aus dem etwa Erstrittenen vorweg seine Prozeßkosten erstattet zu erhalten.

a. Ist das Verfahren noch rechtshängig, so wird es im Sinne des § 217 C.P.O. unterbrochen. Der Verwalter kann den Rechtsstreit — falls solche Prozesse von mehreren Gläubigern erhoben sind, nach seiner Wahl einen (oder keinen) derselben — aufnehmen oder dies ablehnen; er unterliegt, wie im § 8 Abs. 1 Satz 2, den Vorschriften des § 217 C.P.O. Nimmt er einen Rechtsstreit auf, so ist jedenfalls die Modifikation des Antrags nöthig, daß das zu erlangende Weggegebene nicht zur Befriedigung des einzelnen Gläubigers zu verwenden, sondern zur Masse zu gewähren ist. In Betreff der Höhe des Anspruchs kann er nach § 13 Abs. 2 Anf.Ges. unter der Voraussetzung, daß

sein Konkursanfechtungsrecht nicht nach § 34 verjährt ist, auf Grund desselben den Anspruch über dasjenige, was zur Befriedigung des einzelnen Gläubigers erforderlich gewesen wäre, hinaus bis zum Maße des § 30 erweitern; indeß nur in Gemäßheit der §§ 240, 491 C.P.O., mithin nur soweit es die Prozeßlage gestattet, also nicht mehr nach der zweitinstanzlichen Entscheidung und auch nicht unter Aenderung des einen Theil des Klagegrundes bildenden Anfechtungsgrundes, also z. B. nicht auf Grund des § 24 (= § 3 Nr. 1, 2 Anf.Ges.) statt des bisher zu Grunde gelegten § 3 Nr. 3 bez. 4 Anf.Ges. (= § 25), ebenso nicht aus § 24 Nr. 2 statt aus § 3 Nr. 1 u. s. w. Die Erweiterung ist daher nur aus demselben Klagegrunde quantitativ, objektiv zulässig; dagegen tritt subjektiv für den Verwalter eine Erweiterung seines Rechts aus dem Sonderrechte des früheren Prozeßgläubigers insofern ein, als er dessen zeitig geltend gemachten Anfechtungsanspruch verfolgen kann, selbst wenn ein Konkursanfechtungsrecht nach § 26 selbständig nicht mehr geltend zu machen wäre. Andererseits tritt dem Anfechtungsgegner in der Person des Verwalters der Vertreter des G.Schuldners gegenüber und jener kann daher nach §§ 31, 32 seine Gegenleistung bez. seine wieder in Kraft tretende Forderung gegen die K.Masse geltend machen.

Das Aufpfropfen der Konkursanfechtung auf den Anfechtungsprozeß des Einzeln-Gläubigers gemäß § 13 hat allerdings prozessualisch eigenthümliche Konsequenzen, vor Allem, daß dem auf Befriedigung des Einzelngläubigers gerichteten Maße und Antrage das Verlangen, Alles der K.Masse Entzogene zurückzugewähren, substituirt werden kann. An die Stelle des Befriedigungsrechts des einzelnen Gläubigers tritt somit das Konkursinteresse aller Gläubiger, während zugleich für dies Konkursinteresse der Verwalter das Einzeln-Gläubiger-Recht selbst dann nutzbar machen kann, wenn ein Konkursanfechtungsrecht ihm nicht mehr zustände. Eine Besonderheit ist ferner, daß diese Aenderung im Rechtsverhältnisse und im Antrage selbst in zweiter Instanz gegen C.P.O. § 489 zulässig ist, obgleich der Rechtsgrund der Konkursanfechtung als solcher auch bei entsprechend gleichen thatsächlichen Vorgängen seitens des G.Schuldners und des Anfechtungsbeklagten immerhin ein anders qualifizirter ist, als der Rechtsgrund der Anfechtung des einzelnen Gläubigers. Die positiven Gesetzvorschriften sind mit diesen Anomalien zu befolgen. Indeß ist den letzteren nicht ein weiterer Einfluß auf Abweichungen vom sonstigen Rechte zu gestatten, als aus den Vorschriften selbst folgt. Diese Vorschriften des § 13 Abs. 2 bestimmen unzweideutig, daß das Eintreten des Verwalters in den Prozeß des Einzelngläubigers und die Aufnahme des Prozesses durch den Verwalter nicht als Aenderung des Klagegrundes gelten soll, während sonst eine Aenderung des Klagegrundes, mithin auch eine Prozeßaufnahme mit anderem Klagegrunde und vollends seitens des Vertreters anderer Rechtssubjekte, selbst in erster Instanz gegen den Widerspruch des andern Theils nicht zulässig ist. C.P.O. § 235 Nr. 3. Ebenso ist es nach § 13 Abs. 2 Satz 3 unabweisbar, daß der Verwalter den Anspruch „nach den §§ 30—32, 34 K.O.", mithin aus seinem Konkursanfechtungsrechte über das Verlangen der Befriedigung des früheren Einzeln-Anfechtenden hinaus bis zur Gewährung des Gesammten der Masse Entzogenen „erweitern" kann, und daß diese Erweiterung nicht als hindernde Aenderung des Klagegrundes im Sinne der §§ 235 Nr. 3, 240 C.P.O. anzusehen ist. Andernfalls hätte die Erweiterung selbst als eine dem § 240 gemäße überhaupt nicht zugelassen werden können. Schwebte der Prozeß noch in erster Instanz, so sind der Erweiterung in dieser Instanz demgemäß auch hinsichtlich des Gegenstandes des Antrags keine anderen Schranken gesetzt, als durch § 30 K.O. Wird in Folge einer solchen Erweiterung ein Amtsgericht, bei welchem der Streit anhängig war, unzuständig, so kommt § 467 C.P.O. zur Anwendung. — In zweiter Instanz ist diese Erweiterung indeß dadurch beschränkt, daß auch die im § 491 C.P.O. für andere Prozesse vorbehaltene Erweiterung niemals über den Klageantrag bez. Widerklageantrag der ersten Instanz hinausgehen kann. Denn „der

Klageantrag, über welchen das Urtheil ergangen ist, bildet, da es sich um Anfechtung dieses Urtheils handelt, unter allen Umständen die äußerste Grenze der zulässigen Anträge" (Mot. zu C.P.O. S. 305), und zu entscheiden sind nur die Streitpunkte, welche „den zuerkannten oder aberkannten Anspruch" betreffen, C.P.O. § 499. Im § 491 C.P.O. ist nur eine solche Erweiterung, welche innerhalb der Voraussetzungen des § 240 und zugleich der Berufungsinstanz fällt, vorbehalten; nicht aber jede im § 240 Nr. 2 und 3 bezeichnete Erweiterung für zulässig erklärt. Hiernach muß es für ausgeschlossen gelten, daß der Verwalter, wenn in erster Instanz ein Einzelngläubiger eine Anfechtung behufs seiner Befriedigung wegen seiner Forderung von 40 Mark vor dem Amtsgericht geltend gemacht hat, in zweiter Instanz etwa 4000 Mark beanspruchte, weil so viel durch die angefochtene Handlung der Masse entzogen sei. Eine solche Anomalie folgt aus § 13 Abs. 2 des Anfecht.-Ges. nicht und würde den in den höheren Instanzen allein noch zulässigen Umfang einer Entscheidung über den „zuerkannten oder aberkannten Anspruch" überschreiten. — Immerhin ist es jedoch, wie überhaupt für die Anwendung des § 491 C.P.O., so auch für den Anfechtungsprozeß möglich, daß auch innerhalb des in erster Instanz zuerkannten oder aberkannten Anspruchs in Folge einer Erweiterung in der Berufungsinstanz vor dem Landgerichte ein größerer Betrag gefordert würde, als in erster Instanz vor einem Amtsgerichte zulässig gewesen wäre, so z. B. wenn statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen Vernichtung, doloser Veräußerung u. s. w. das Interesse gefordert wird bez. dasselbe sich höher herausstellte, als früher angenommen wurde. Hat in erster Instanz das Amtsgericht innerhalb seiner Zuständigkeit erkannt und findet in zweiter Instanz eine solche Erweiterung des Antrags statt, daß, wenn der erweiterte Antrag schon vor dem Amtsgerichte gestellt wäre, dieses unzuständig gewesen wäre, so ist dennoch das Landgericht als Berufungsgericht zuständig und (gegen Eccius in Rassow u. Küntzel Beitr. Bd. 24 S. 130 und Bd. 25 S. 158) ein Einwand, daß das Landgericht als Berufungsgericht unzuständig wäre und die Sache vor sich als erste Instanz verweisen müsse, würde unstatthaft sein. Denn das Landgericht ist nach G.V. § 71 das Berufungsgericht für die vor dem Amtsgerichte verhandelten Rechtsstreitigkeiten, und eine Zurückverweisung ist nach § 499 C.P.O. außer den Fällen der §§ 500, 501 nicht statthaft. Ist für eine solche Rechtsstreitigkeit die Zuständigkeit des Landgerichts als Berufungsgericht begründet, so wird sie dadurch nicht berührt, daß in der Berufungsinstanz demnächst der Klageantrag erweitert wird, C.P.O. § 235 Nr. 2. Daß das Landgericht ein Urtheil des Amtsgerichts beseitigen kann, wenn schon vor diesem eine seine Zuständigkeit überschreitende Erweiterung stattgefunden hat, C.P.O. § 467, ist einflußlos, wenn dies nicht der Fall war.

Abweichend will ferner Eccius in Rassow und Küntzel Bd. 25 S. 160 die einzelnen Anfechtungsgründe nicht als Klagegründe gelten lassen. Dies ist Folge des von ihm aufgestellten besonderen Begriffes des Klagegrundes. Ihm ist der Klagegrund „das konkrete unter den Parteien begründete Rechtsverhältniß", aus welchem der Anspruch erhoben wird (vgl. in s. Ausgabe von Förster preuß. Privatr. Bd. 1), und er bezeichnet deshalb hier als den Klagegrund nur das Rechtsverhältniß des einzelnen Gläubigers zum Anfechtungsbeklagten, nach welchem Ersterer für sich und seine Befriedigung wegen der Unwirksamkeit einer „aus bestimmtem Grunde" anfechtbaren Rechtshandlung seines insolventen Schuldners den Kreis seiner Befriedigungsobjekte erweitern kann; für den Verwalter: das Rechtsverhältniß der K.Gläubiger zum Anfechtungsbeklagten, nach welchem der Verwalter wegen der mit der K.Eröffnung für die K.Gläubiger totalen Unwirksamkeit die volle Rückgewähr des Geleisteten fordern kann. Soll indeß hierdurch nicht blos der Klagegegenstand, der Klageantrag und die allgemeine Klagen-Kategorie getroffen werden, sondern auch der Klagegrund, so wird dazu die spezielle Bezeichnung des Rechtsgrundes der Anfechtung nöthig. Die Erklärung des An-

fechtungswillens und die allgemeine Behauptung des Klägers, daß er einen Anfechtungsgrund habe, reicht dazu nicht aus. Auch der Anfechtungsgrund ist deshalb als Theil des Klagegrundes anzusehen. So auch Hartmann S. 88, Otto S. 224. Ueber die Geltendmachung der Gegenansprüche aus § 31 in demselben Prozesse vgl. Anm. 1 zu § 31 (am Ende).

Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann der Rechtsstreit während des Konkurses in der Sache selbst von keinem Theile, sondern nur „rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei" aufgenommen werden. Der Verwalter kann bei Ablehnung selbständig auf Grund seines Anfechtungsrechts einen neuen Prozeß anstrengen, § 13 Abs. 2 Satz 5 Anf.Ges. Die Ablehnung gilt nicht als Verzicht auf den Anspruch; sondern nur auf Fortführung des Prozesses, Mot. z. Anf.Ges. Im Falle eines neuen Anfechtungsprozesses des Verwalters bleibt sachgemäß bis nach dessen Beendigung die Kostenentscheidung des früheren Prozesses nach C.P.O. § 139 sistirt. Vgl. Hartmann Anf. S. 85—91; Otto S. 223 ff.

b. Hat zur Zeit der K.Eröffnung der Gläubiger für seinen Anfechtungsanspruch schon einen Schuldtitel (Vergleich, Urtheil) gewonnen, so steht auch in diesem Stadium nach § 13 Abs. 1 „die Verfolgung des Anspruchs", also dessen Realisirung durch Zwangsvollstreckung dem Verwalter zu. Kraft Gesetzes durch die Thatsache der K.Eröffnung und seiner Bestellung als Verwalter Rechtsnachfolger des Gläubigers geworden, kann er nach C.P.O. §§ 665, 666 die Vollstreckungsklausel erwirken. Dem Gläubiger bleibt auch in diesem Falle der bedingte Massenanspruch auf Kostenerstattung nach § 13 Abs. 1. — Hat der Gläubiger auf Grund seines Titels zur Zeit der K.Eröffnung schon Sicherung oder Befriedigung erworben, so kann ihm diese als jus quaesitum, welches er nicht direkt aus dem Vermögen des G.Schuldners, sondern seines Anfechtungsgegners erworben hat, in der Regel nicht entzogen werden; indeß bei der in § 13 Abs. 3 Anf.-Ges. vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung des § 23 Nr. 1 dann, wenn er damals die Zahlungseinstellung des G.Schuldners oder den Eröffnungsantrag kannte. Vgl. Anm. 6 zu § 23. Daneben kann der Verwalter auf Grund seines Anfechtungsrechts den etwa über den Sonderanspruch des Gläubigers (§ 7 Anf.Ges.) hinaus weitergehenden Konkursanfechtungsanspruch gemäß § 30 verfolgen. — Auch wenn der Gläubiger nach der K.Eröffnung, wenngleich ohne Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder vom Eröffnungsantrage (etwa auf Grund eines vollstreckbaren Titels) von seinem Anfechtungsgegner Sicherung und Befriedigung erlangen, also ein nach § 13 Abs. 1 Anf.Ges. zur Konkursmasse gehöriges und nicht mehr dem Gläubiger zustehendes Recht ausüben sollte, so kann dies auf Grund des § 13 Abs. 1 (vgl. §§ 10—12 K.O.) gegen ihn kondizirt werden. Vgl. Otto S. 225, 226.

Wieweit außer dem Anf.Ges. v. 21. Juli 1879 noch frühere landesgesetzliche Vorschriften über Anfechtung maßgebend sein können, vgl. § 14 Abs. 2, 3 dies. Ges. Ueber die Verjährung des Anspruchs aus § 3 Nr. 1 Anf.Ges. vgl. § 12 a. a. O. Die übrigen Anfechtungsgründe § 3 Nr. 2, 3, 4 haben ohnehin ihre Zeitgrenze darin, daß sie Rechtshandlungen aus dem letzten bez. aus den zwei letzten Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs betreffen müssen. Inwieweit eine Verjährung des Sonderrechts eines Gläubigers auf Anfechtung durch die Unmöglichkeit, dasselbe während des Konkurses geltend zu machen, beeinflußt wird, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Mot. 154 zu § 34. Vgl. Preuß. A.L.R. I. 9 §§ 516, 531.

Hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit des § 29 in Betreff der Geltendmachung der Nichtigkeit gemäß § 6 vgl. Anm. 1 zu § 6.

§ 30.[1]

Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden.[2]

Der gutgläubige[3] Empfänger einer unentgeltlichen Leistung[4] hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.[5]

E. I. 37. P. 106.

1) Im § 30 sind die Folgen der begründet erklärten Anfechtung hinsichtlich der Verpflichtungen des Gegners bestimmt, mit welchem der G.Schuldner die anfechtbare Handlung vornahm oder welcher durch die Handlung des G.Schuldners unmittelbar erwarb. In den §§ 31, 32 sind die Folgen einer begründeten Anfechtung hinsichtlich der Rechte dieses Gegners festgesetzt. Hinsichtlich der Wirkungen bez. der Anwendung der §§ 30—32 auf Rechtsnachfolger vgl. Anm. 1, 5 zu § 33.

Daß der gesammte Anfechtungsanspruch fortfällt, wenn die Gläubiger befriedigt sind, folgt aus dem auf ihrem Befriedigungsrechte beruhenden Grunde des Anspruchs, und ist mit dem Wegfall der Konkursgläubiger, welchen gegenüber allein die Unwirksamkeit der Rechtshandlung bestehen soll, § 22, ausgedrückt. Der Gegner kann daher die Anfechtung durch Befriedigung der Gläubiger beseitigen, was nicht abgelehnt werden kann, Windscheid II. § 342 Nr. 5, A.L.R. I. 16 § 49; und hat hinsichtlich des Umfangs seiner Verpflichtung den Einwand, daß er niemals weiter zu haften braucht, als zur Befriedigung der Gläubiger nöthig ist. Otto S. 165. Innerhalb dieser Grenze der Verpflichtungen des Gegners bestehen die Folgen der Anfechtung gemäß den §§ 30 — 32 nicht darin, daß eine vollständige Rescission des Rechtsverhältnisses, eine Aufhebung aller Wirkungen oder auch nur eine gegenseitige gleichmäßige Ausgleichung hinsichtlich der Folgen eintritt. Vielmehr besteht die Wirkung der Anfechtung darin, daß forderungsartige Ansprüche des anfechtenden Verwalters einerseits und unter Umständen des Gegners andrerseits entstehen. Mandry S. 374, 384 ff.

Grundlage der Verpflichtung des Gegners, d. h. dessen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist (vgl. § 33 Abs. 2, und Anm. 5 zu § 22), ist, daß für die K.Masse der Rechtszustand wieder hergestellt wird, wie er vor der Handlung bestand, so als wenn die Handlung nicht erfolgt wäre. Die früheren Rechte des Gegners kommen bei der Bestimmung dieses Umfangs nicht in Betracht; er hat nicht etwa, wenn er als Gläubiger zu früh Zahlung erhielt oder eine andere als die gebührende Leistung bekam, nur den Werthunterschied der Leistung bez. der Vorzeitigkeit zu ersetzen. Vgl. für das gemeine Recht Windscheid II. § 463; Otto S. 164 — 173. — Was dazu nöthig ist, um diese Unwirksamkeit für die K.Masse zu bewirken, ist nach den Umständen verschieden. Unter Umständen ist gar keine Thätigkeit oder Leistung nöthig.

Wenn die Vermögensverringerung, gegen welche sich die Anfechtung richtet, nur „noch in den Grenzen obligatorischer Beziehung zu dem Gegner geblieben war", so bewendet es bei der allgemeinen Folge der relativen Ungültigkeit gemäß § 22, so daß es den Gläubigern gegenüber angesehen wird, als ob die Handlung, Erklärung, Verpfändung, Verbürgung, Entlastung, Quittung u. s. w. nicht erfolgt wäre. Der Verwalter macht die Rechte hinsichtlich der Masse geltend, als sei die Handlung nicht erfolgt. Eine K.Forderung, welche auf dieselbe gestützt würde, ist unbegründet und kann, wenn dennoch geltend gemacht, durch Einrede beseitigt werden. Dies ist durch § 22 schon ausgesprochen. Mot. 147. — Der Verwalter kann indeß auch in solchen Fällen auf Anerkennung der Unwirksamkeit klagen bez. zur Vermeidung der Verjährung klagen müssen, Anm. 4, 5 zu § 22, insbesondere auf Feststellung des Nichtbestehens einer Verpflichtung,

mit welcher die Masse belastet ist. Ist nicht schon eine Sache weggegeben, so ist außer der Ungültigkeitserklärung, welche ebenfalls schon durch § 22 begründet ist, in der Regel eine weitere Leistung des Gegners nicht nöthig; so auch bei dinglichen Belastungen mit Servituten, sofern nicht schon Eintragungen im Grundbuche erfolgt sind oder Dritte Rechte erworben haben.

2) Im § 30 ist die Vorschrift gegeben, welche nöthig ist, wenn es einer Leistung des Gegners bedarf, um den Rechtszustand, welcher vor der angefochtenen Handlung bestand, dergestalt wieder herzustellen, daß zur K.Masse zurückgeführt wird, was sie hätte, wenn die Handlung nicht erfolgt wäre. Die Rückgewährung hat nach dem Gesammtzusammenhange der §§ 22—33 derjenige zu leisten, welchem gegenüber die Handlung vorgenommen und anfechtbar ist. Rechte, welche inzwischen ein Dritter unanfechtbar erworben hat, werden diesem gegenüber nicht durch die Anfechtung berührt und begründen nur die Verpflichtung des Gegners, die Masse von demselben zu befreien oder dafür zu entschädigen. Die Anfechtung wirkt nicht in rem, auch nicht ipso jure und nicht von selbst rückwirkend ex tunc.

Die „Zurückgewährung" soll das Vermögen des G.Schuldners, die K.Masse, vollständig in integrum restituiren. Es ist deshalb nicht entscheidend, was der andere Theil erhalten hat, sondern was durch die anfechtbare Handlung (mittelbar oder unmittelbar) dem Vermögen des Schuldners entzogen ist. (Hinsichtlich des durch Pfändungen Entzogenen vgl. Anm. 2 zu § 28.) Nicht nur Sachen oder sachengleiche Rechte, Wechsel, Hypotheken, Scheine u. s. w. sind zurückzugeben, sondern es kann auf Grund der Rückgewährspflicht auch verlangt werden: daß der Gegner die auf Grund der Handlung eingetragenen Rechte zur Löschung bringt, eingeräumte Vorrechte aufgiebt, Erklärungen behufs Herstellung des frühern Zustandes abgiebt, — daß er die Befreiung von einer, in die Hände eines anderen Berechtigten gediehenen Verpflichtung des G.Schuldners, von Hypotheken und überhaupt von Rechten Dritter, welche inzwischen von ihm oder gegen ihn auf die Sache gelegt und nicht ohnehin schon civilrechtlich zufolge der Anfechtbarkeit hinfällig sind, bewirkt, Entsch. 13, 126, Strieth. 52, 304 — daß er bei Unmöglichkeit vollständiger Rückgabe der Sache, auch wenn er sich des Besitzes vor der Anfechtung entschlagen hat, bez. bei Unmöglichkeit vollständiger Wiederherstellung des entäußerten Rechts den Werth ersetzt — und daß er sonst den durch die Veräußerung bez. Handlung entstandenen Schaden ersetzt. Mot. 147.

Die Anfechtungsklage ist gegen denjenigen, mit welchem die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, mit dem Antrage auf derartige vollständige Zurückgewährung und Entschädigung also auch dann zu richten, wenn derselbe das veräußerte Objekt nicht mehr besitzt. Mot. 147. In diesem Umfange hat auch das R.O.H. die Wirkung der actio Pauliana, wie der P. und des preuß. Anfechtungsges. v. 9. Mai 1855 verstanden, R.O.H. 10, 248—260; 13, 381; desgl. Reichsger.-Entsch. in Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 24 S. 1068 und die daselbst zitirten Entscheidungen; das preuß. Obertribunal ebenfalls in einzelnen Entscheidungen: Strieth. 25, 362; 42, 189; 87, 64; Entsch. 61, 419; dagegen abweichend in anderen Strieth. 53, 307; 65, 274; 79, 130; 90, 165; 94, 130, 273; Entsch. 73, 121. — Dernburg Bd. II. § 131 Nr. 1 erklärt die Ersatzpflicht des Nichtbesitzenden in diesem Umfange ungerechtfertigt, und findet in der Fassung der K.O. § 30 keine wesentliche Abweichung von den hinsichtlich des Einflusses des Besitzes bestrittenen preußisch-rechtlichen Bestimmungen. Zu leugnen ist nicht, daß § 30 Abs. 1 nicht deutlich redigirt ist; es fehlt die bestimmte Bezeichnung dessen, welcher zurückgewähren soll; sie ist aber aus dem Gesammtzusammenhange der Lehre und aus dem Gegensatze der Regel in Abs. 1 zur Ausnahme in Abs. 2 als der Absicht des Gesetzgebers entsprechend, so wie in den Mot. geschehen, zu ergänzen. Vgl. Mandry S. 386.

Durch die Vorschrift, daß zur Konkursmasse zurückgewährt werden muß, ist das berechtigte Subjekt bezeichnet, welches durch den Verwalter vertreten wird. Daraus folgt insbesondere auch, daß ein durch Anfechtung zurückerworbenes Grundstück im Grundbuch als Eigenthum des G.Schuldners (unter Vermerkung der aus der K.Eröffnung folgenden Dispositionsbeschränkung in Abtheil. II.) einzutragen ist. Vgl. Anm. 2, 3 zu § 5.

Der rechtliche Grund dieser umfassenden Verpflichtung des Gegners ist der angenommene dolus, die bewußte Verletzung des K.Anspruchs der K.Gläubiger, Vorb. 1 vor § 22; R.O.H. 10, 248—260. Mit Ausnahme der im Abs. 2 behandelten Schenkungen ist der Gegner stets als unredlicher Erwerber zu behandeln, da alle anderen Anfechtungen gemäß dem Systeme der K.O. und der Motivirung der §§ 23, 24, 27, 33 nur auf der Grundlage des unredlichen Erwerbs statthaft sind. Soweit nicht für einzelne Anfechtungsgründe noch ein weitergehender dolus erfordert ist, gilt die Wissenschaft von der Zahlungseinstellung oder vom Eröffnungsantrage, welche dem allgemeinsten Anfechtungsgrunde im § 23 zu Grunde liegt, als das die Unredlichkeit enthaltende Moment. Ein Antrag in der R.K., dies System der K.O. zu beseitigen und auch unter den Gegnern, gegen welche eine Anfechtung gemäß § 23 zulässig ist, gutgläubige und schlechtgläubige zu unterscheiden, den schlechten Glauben also nicht durch jene Wissenschaft allein begründet zu erklären, und aus diesem Grunde statt des Abs. 2 allgemein auch für die Empfänger in den Fällen der §§ 23, 27, 33 festzusetzen, daß der gutgläubige Empfänger die Leistung nur soweit zurückzugewähren hat, als er bereichert ist, wurde abgelehnt. Prot. 27, 28. Mot. 148. Die abweichende Ansicht von Dernburg Bd. II. § 131 Nr. 1: die Frage, ob der Anfechtungsgegner wirklich unredlicher Besitzer sei, müsse ebenso, wie er dies auch für die P. annimmt, stets nach der konkreten Sachlage und nach dem Nachweise der Fraudulosität festgestellt werden und nur anfechtbare Verträge mit nahe verbundenen Personen müsse man als präsumtiv fraudulos den nachweisbar fraudulosen gleich behandeln dürfen, ist hiernach de lege lata unhaltbar. Mandry S. 375.

Welche Pflichten und Rechte im Falle der Anwendbarkeit des Abs. 1 der Gegner als Unredlicher im Einzelnen hinsichtlich der Früchte, Verbesserungen, Verschlechterungen und sonstigen Schadensersatzes hat, ist nach dem Civilrecht, namentlich nach den Vorschriften über das Verhältniß des Besitzers bei Rückgabe von Sachen bez. des restitutionspflichtigen Deliktsgegners zu beurtheilen. Im § 30 Abs. 1 ist nur das Prinzip aufgestellt. Aus demselben allein ist jedoch nicht unmittelbar zu entscheiden, was für das Verhältniß des Anfechtenden hinsichtlich des unberechtigten Erwerbes des Anfechtungsgegners als weg- oder aufgegeben anzusehen ist, und man muß zur Ergänzung auf der allgemeinen Grundlage des Prinzips mit den Mot. 147, 148 das bürgerliche Recht als selbstverständlich mit bezogen ansehen, um die Grenze zu bestimmen, bis zu welcher gegenüber dem unredlichen Erwerber für ihn Sachen und Rechte als veräußert, weg- oder aufgegeben und demnach als zurückzugewähren gelten; so wie dies auch in der Rechtsprechung für die analogen Vorschriften der P. § 106 und des preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 geschehen ist. A.M. behufs der Rückgewähr auch aller fructus percipiendi, v. Völderndorff I. S. 344; Hartmann S. 68. Auch in diesen Beziehungen will Dernburg II. § 131 Nr. 2 abweichend von den Motiven nach dem Nachweise der Fraudulosität entscheiden. — Ueber die ergänzenden Vorschriften des preuß. Rechts vgl. A.L.R. I. 7 §§ 233 ff., 244; Entsch. 49, 21—32; Strieth. 79, 332; R.O.H. 8, 115; 21, 241. Der Anfechtungsgegner hat nicht als sog. unrechtfertiger Besitzer im Sinne des A.L.R. I. 7 § 14 zu haften, da ihn im Anfechtungsfalle nach § 30 und nach dem Gedanken des Gesetzes die Unkenntniß des Gesetzes nicht schützen soll, in dieser Beziehung vielmehr die allgemeine Rechtsregel maßgebend ist. Er gilt als unredlicher Besitzer. Er kann aber auch nicht als Jemand haften, „wer es weiß, daß die Sache, die

er als seine eigene besitzt, einem Andern zugehöre", A.L.R. I. 7. § 229, Entsch. 28, 58, sofern eine solche Wissenschaft nicht im konkreten Falle nachgewiesen ist. — Auch darüber ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, ob der Anfechtungsgegner wegen seiner Verwendungen eine Retentionseinrede hat. Vgl. A.L.R. I. 20. § 537. Strieth. 62, 316. — Ueber die Frage, ob die Gegenansprüche des Gegners eine Masseschuld oder nur eine Konkursforderung sind, vgl. Anm. 2 zu § 31. — Ebenso richtet es sich nach dem bürgerlichen Rechte, ob der Gegner, wenn er die Sache veräußert hat, den erhaltenen Kaufpreis statt des Werthes ersetzen muß und ob er zur Abtretung der ihm etwa gegen einen dritten Besitzer zustehenden Klage verpflichtet ist. I. 9, 14. D. quae in fraud. cred. (42, 8). Entsch. 49, 28; Preuß. A.L.R. I. 7 § 244. Mot. 147, 148. — Nach dem bürgerlichen Rechte ist auch die im § 30 nicht entschiedene Frage zu beantworten, in welchem Verhältnisse mehrere Theilnehmer einer anfechtbaren Handlung bez. mehrere neben einander Verpflichtete haften (solidarisch, vgl. Anm. 3 zu § 33. Otto S. 177, 178, 167; Windscheid II. § 298; A.L.R. I. 6 § 29); desgleichen die Frage nach dem Erfüllungsorte des Anfechtungsanspruchs, vgl. A.L.R. I. 7 §§ 243, 244; I. 16 §§ 27, 52. Anm. 5 zu § 22.

Der Einfluß der Rechtshängigkeit auf die Erhöhung des Maßes der Verpflichtung des Gegners bleibt in jeder Beziehung nach dem bürgerlichen Rechte, welchem die Wirkungen der Rechtshängigkeit angehören, C.P.O. § 239, zu beurtheilen.

3) Auf den unredlichen Geschenknehmer ist Abs. 1 in vollem Umfange anwendbar. In welcher Richtung der Geschenknehmer gutgläubig sein muß, ergiebt sich aus dem Systeme der K.O. und aus dem Gegensatz zum Abs. 1, für welchen eine Gutgläubigkeit nicht angenommen wird. Anm. 2. Der Geschenknehmer ist schon dann nicht gutgläubig, wenn er von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage Kenntniß hat, da in diesem Falle nicht einmal ein Gläubiger die Bezahlung für eine Forderung annehmen darf, § 23 Nr. 1. Außer diesem weitestreichenden Momente reicht zur mala fides auch die Wissenschaft von der Absicht des G.Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, aus. §§ 24, 33. Wird die Anfechtung lediglich auf die Unentgeltlichkeit der Verfügung (§ 25) einschließlich der im § 25 Nr. 2 erwähnten, ohne rechtliche Verpflichtung gewährten, Sicherung oder Rückgewähr von Frauenvermögen (Anm. 4 zu § 25) gestützt, so findet Abs. 2 an sich Anwendung. Ein böser Glauben wird nicht vermuthet. Mot. 148. Will der Verwalter die Unredlichkeit behaupten, so muß er sie beweisen.

4) Der gutgläubige Geschenknehmer, welcher sich mit dem Geschenkten vielleicht einen sonst nicht gegönnten Genuß verschafft hat, soll nicht Alles zurückgeben, wodurch er zur Zeit des Geschenks bereichert worden ist, sondern nur soweit er zur Zeit noch im Besitze des Geschenks oder der Bereicherung aus demselben sich befindet. „Der Zeitpunkt für den Umfang der Rückgewähr wird spätestens durch die Erhebung der Anfechtungsklage oder die Geltendmachung der Einrede bestimmt; inwieweit der Geschenknehmer indeß, damit er nicht weiter verfüge, schon durch einen früheren Akt in bösen Glauben versetzt werden kann, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Die Sonderbestimmung soll nur den redlichen Besitz und so lange dieser dauert schützen." Mot. 148. Sobald der bisher gutgläubige Empfänger die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag oder die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, erfährt, also schlechtgläubig wird, ist der Anspruch gegen ihn begründet, alles herauszugeben, was er dann noch hat. Setzt er sich nachher durch anderweite Verfügung über seine Bereicherung (Verbrauch, Veräußerung, Vernichtung) außer Stande, diese zurückzugewähren, so haftet er dann nicht mehr als Gutgläubiger, sondern als Schlechtgläubiger; und findet insoweit Abs. 2 keine Anwendung. Der gute Glaube darf also bis zur Rückgewähr bez. bis zum Zeitmomente, welcher der Berechnung der Rückgewähr zu Grunde gelegt wird, nicht unterbrochen sein, wenn für den Empfänger Abs. 2 an-

wendbar sein soll. Insoweit ist auch hierüber nicht nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, sondern nach der positiven Vorschrift des Abs. 2 und nach dem Systeme der K.O. Anm. 2, 3. Prot. 28. Das Maß der Verpflichtung des schlechtgläubig gewordenen Geschenknehmers bestimmt sich dann lediglich nach Abs. 1.

Der Einfluß der Rechtshängigkeit auf die Verpflichtung des Gutgläubigen bleibt auch hier wie für Abs. 1 (vgl. Anm. 2 am Schlusse) nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Soweit nach demselben mit der Erhebung der Anfechtungsklage der bisher Gutgläubige als Schlechtgläubiger gilt (A.L.R. I. 7 § 222), hört von dann ab die Anwendbarkeit des Abs. 2 auf; dagegen kann man nicht unbedingt mit der obigen Bemerkung der Mot. sagen, daß der Gegner an sich durch die Erhebung der Klage oder die Geltendmachung einer Einrede ohne Rücksicht auf ihre entsprechende Begründung bez. Beweisantretung ein Schlechtgläubiger wird. In den Schlußworten scheinen die Mot. eine Einwirkung des bürgerlichen Rechts (dieselbe mit Unrecht beschränkend) nur insoweit anerkennen zu wollen, als es danach zulässig wäre, etwa durch eine vorgängige Mittheilung der Anfechtungsabsicht (vgl. preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 § 6), oder durch sonstige einstweilige Sicherungsmaßregeln (§ 98) bez. durch andere Vorschriften in der Richtung des preuß. A.L.R. I. 7 § 222 einen früheren Zeitpunkt der mala fides vor der Geltendmachung der Klage oder Einrede festzustellen. — Im E. I. § 37 war redigirt: „noch bereichert ist"; und die Mot. v. 1873 erklärten: „Der redliche Geschenknehmer braucht daher nur soweit zurückzugewähren, als er zur Zeit der Anfechtung noch im Besitze der Schenkung sich befindet". Das Wort: „noch" ist von der Vork. gestrichen; vom Abs. 2 wird die Bereicherung getroffen, welche er behielt, so lange er gutgläubig war.

5) „Nur insoweit, als er durch die Leistung bereichert ist." Der Umfang der Bereicherung ist nach dem civilrechtlichen Begriffe der Bereicherung, also nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Die Vorschrift schließt sich ohnehin an die in gleichem Maße bestehende Erstattungspflicht für die gemeinrechtlich ungültigen Schenkungen unter Eheleuten, sowie für die gemeinrechtliche condictio sine causa gegen einen rechtlos Habenden (vgl. R.O.H. 22, 300) und für die nach dem preuß. A.L.R. (I. 11 § 1165) widerrufenen Schenkungen an. Für den Gutgläubigen, um welchen es sich im Abs. 2 allein handelt, ist eine Bereicherung nicht mehr vorhanden, wenn das Geschenkte untergegangen, ihm (ohne Rücksicht auf die Unterlassung der Wachsamkeit) genommen oder von ihm ohne Erwerb eines neuen Rechts weggegeben ist. War das Aufgeben mit dem Erwerbe eines neuen Rechts (bez. einer andern Sache, Befreiung von einer Schuld) verbunden, so betrifft die Verpflichtung zur Rückgewähr das neue Recht mit der Einschränkung auf den Werth des Geschenks und unter Fortfall der Verpflichtung, sofern das neue Recht untergeht bez. (durch Insolvenz Dritter rc.) dem Beschenkten verloren geht. Soweit der Beschenkte mit dem Geschenkten etwas Werthvolleres erworben hat, ist er hinsichtlich des Mehrwerths nicht „durch die (geschenkte) Leistung", sondern durch seine Thätigkeit bereichert. „Nur insoweit." Vgl. v. Sarwey S. 173, 174; Stieglitz S. 176, 177.

Zur Begründung der Klage braucht der Anfechtende nur die unentgeltliche Hingabe bez. bei einer Verwerthung seitens des Geschenknehmers den Empfang des Werths nachzuweisen; es ist Sache der Einrede des Gegners und seines Beweises, zu zeigen, daß oder wieweit die dadurch erlangte Bereicherung nicht mehr vorhanden ist. R.O.H. 16, 164; 22, 298. Entsch. 49, 106. Strieth. 54, 63.

§ 31.

Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist.[1] Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.[2]

E. I. 38. P. 107. 108.

1) Satz 1. Der erste Satz des § 31 ist in den Mot. dahin begründet: Der Anfechtungsgegner kann seine Gegenleistung, wenn sie noch unterscheidbar in der K.Masse vorhanden ist, aus derselben nach §§ 35 ff. zurückverlangen, ebenso wenn die Sache verkauft sein sollte, nach § 38 den ausstehenden oder nach der K.Eröffnung zur Masse eingezogenen Erlös und nach § 52 Nr. 3 als Massegläubiger die Gegenleistung bez. den Theil oder Gewinn derselben, wenn diese nach der K.Eröffnung zur Masse (nicht vorher an den G.Schuldner) gelangt sind, beanspruchen. „Sache und Erlös, wie diese Gegenleistung müssen vollständig herausgegeben werden; denn ohne Rechtsgrund sind sie in die K.Masse selbst gelangt.“ Mot. 149. v. Sarwey S. 174; Mandry S. 387; Stieglitz S. 178, 179 und Otto S. 179 fechten diese Begründung an, weil sie der durch das Gesetz selbst (§§ 30—32) den Anfechtungswirkungen gegebenen Gestaltung kondiktionenmäßiger Forderungen der Einzelnen unter einander nicht entspreche, die Anfechtung nicht eine totale Auflösung des Geschäfts bewirke, auch nicht in rem wirke, und nicht die Gegenleistung zu einer fremden, dem G.Schuldner nicht gehörigen mache; der Anspruch aus § 31 vielmehr eine Folge der Anfechtung sei, welche erst nach der K.Eröffnung eintrete, also keine Aussonderung nach §§ 35 ff. mehr bewirken könne. Die Angriffe gehen zwar insofern fehl, als von den §§ 35 ff. nicht nur dingliche, sondern auch persönliche Ansprüche betroffen werden. Indeß ist anzuerkennen, daß die §§ 35 ff. einen bereits zur Zeit der K.Eröffnung vorhandenen Anspruch voraussetzen und für die Rechte aus § 31 nur durch eine im Gesetze nicht angedeutete Fiktion des rückwirkenden Wiederauflebens eines solchen Anspruchs anwendbar sein könnten. Die Ansprüche aus § 31 sind allerdings Folge der Ausübung des Anfechtungsrechts. Ihr Rechtsgrund liegt — dem obigen Schlußsatze der Mot. entsprechend — in der rechtlosen Bereicherung der Masse. Die Masse hat die Gegenleistung ohne Rechtsgrund, wenn die Rechtshandlung, für welche sie gewährt ist, dem Leistenden gegenüber für unwirksam erklärt ist. Der Anspruch auf Erstattung, durch die Anfechtung des Verwalters begründet (condictio sine causa), ist nach § 52 Nr. 1 wie Nr. 2 eine Masseschuld.

Die aus der Stellung des § 31 im Systeme hervorgehende Voraussetzung ist, daß der Verwalter das Anfechtungsrecht ausübt und daß die Ausübung als berechtigte anerkannt oder festgestellt wird. Sie macht dann die Bereicherung zu einer nicht berechtigten. Davon, ob die Ausübung des Anfechtungsrechts zu einem vollen oder theilweisen Erfolge führt, ist (gegen v. Sarwey S. 174, 175) der Anspruch nicht abhängig gemacht; die Ansprüche aus § 30 und aus §§ 31, 32 stehen neben einander. Der Verwalter mag erwägen, ob die Anfechtung mit Rücksicht auf § 31 vortheilhaft ist; er hat die Folgen seiner Handlung zu tragen und mag sich seine Ansprüche durch Kompensation, Retentionseinrede, Zwangsvollstreckung oder Arrest betreffs der Gegenleistung sichern. Otto S. 179. v. Völderndorff I. S. 350.

Gegenstand des Anspruchs ist die Erstattung der Bereicherung. Auch die Erstattung der sich noch in der Masse befindenden Gegenleistung ist eine Erstattung der Bereicherung; ebenso die der Forderung auf den ausstehenden Erlös und allgemein des in Verbindung mit dem Aufgeben der Gegenleistung erworbenen neuen Rechts (z. B. bei Verwendung des Verkauferlöses als Darlehnsforderung) mit der Einschränkung auf den

Werth der Gegenleistung. Was zur Bereicherung gehört, ist nach diesem Rechtsbegriffe des bürgerlichen Rechts zu entscheiden, vgl. Anm. 5 zu § 30.

Erforderlich ist, daß sich die Gegenleistung „in der K.Masse befindet" oder die Masse bereichert ist. Die Bereicherung der Masse bedeutet hier, wie in §§ 6, 38, 52 Nr. 3 eine Bereicherung der zur Zeit der K.Eröffnung vorhandenen Masse durch eine nachher erfolgte Leistung. Hagens stellte in der R.K. anheim, ob zur Verdeutlichung hier, wie in § 38 einzuschalten sei: „nach Eröffnung des Verfahrens;" dies wurde jedoch nicht beantragt. Prot. 28. Auch unausgesprochen ist hier, wie in § 52 Nr. 3 (gegen Stieglitz S. 179, Otto S. 180, 181, Mandry S. 387, 388) dieser Zusatz als mitverstanden anzusehen, und durch das Erforderniß der Bereicherung der „Masse" ausgedrückt. Eine Bereicherung, welche vor der K.Eröffnung zur Masse gekommen ist, kann nur insoweit erstattet verlangt werden, als sie sich in der Masse befindet und zwar unterscheidbar, oder wie man darunter mit verstehen muß, als Produkt oder Theil der Gegenleistung erkennbar. „Insoweit" letzteres der Fall ist, befindet sich die Gegenleistung in der That in der K.Masse; so die Forderung auf einen noch ausstehenden Erlös der Gegenleistung und im Beispiele von Stieglitz und Otto die Darlehnsforderung, welche der G.Schuldner durch Ausleihung des Erlöses der Gegenleistung erworben hat. Auf dieser Unterscheidung der Bereicherung der Masse beruht die sonst unnöthige und sinnwidrige Alternative des Satzes 1. — Entsprechend genügt zur Begründung des Anspruchs hier nicht, wie für § 30 Nr. 2, vgl. Anm. 5 zu § 30, der Nachweis, daß der G.Schuldner eine Gegenleistung erhalten hat, sondern nur, daß und inwieweit diese sich in der Masse befindet oder diese um ihren Werth bereichert ist.

Zur Begründung der Anfechtungsklage an sich ist das Erbieten des Verwalters zur Erstattung der Gegenleistung nicht nöthig. Es ist Sache des Gegners, einen Einwand in dieser Beziehung zu erheben, ihn zu beweisen und den Klageantrrg dadurch zu beschränken. R.O.H. 20, 16. Formell hat der Anfechtungsgegner seinen Anspruch in Ermangelung gütlicher Einigung durch Klage gegen den Verwalter, oder durch Widerklage im Anfechtungsprozesse geltend zu machen. Den Anfechtungsanspruch selbst kann er wegen des Rechts auf die Gegenleistung nicht bestreiten. Unter Umständen kann ein Einwand zur Geltendmachung des Anspruchs auf die Gegenleistung genügen. Vgl. Anm. 8 zu § 41. Die Ansicht von Eccius in Rassow und Küntzel Bd. 25 S. 161, daß § 31 nur das Recht zur Klage oder Widerklage, und nicht einen Einwand gewähre, ist zu weit gehend. Die Form des Einwandes ist durch § 31 nicht ausgeschlossen. Wird ein Anfechtungsbeklagter, welcher eine vom G.Schuldner ihm cedirte Forderung von 300 Mark eingezogen hat, wegen Rückgewähr dieses Betrages verklagt, so kann er die von ihm nach der K.Eröffnung dem Verwalter überschickte, von ihm mit dem G.Schuldner vereinbarte, Cessionsvaluta von etwa 200 Mark unbedenklich einwandsweise abrechnen.

Die Rechte und Pflichten des Verwalters hinsichtlich der Erhaltungskosten, Verbesserungen, Früchte u. s. w. bei Erstattung einer Gegenleistung sind nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden; der Verwalter haftet dabei als redlicher Besitzer, als welcher er begrifflich im Interesse redlicher Konstituirung der Befriedigungsmasse für die Gläubiger überhaupt nur einen Anfechtungsanspruch geltend machen kann. Vgl. A.L.R. I. 7 §§ 188 ff.

2) Satz 2. Soweit die K.Masse nicht die Gegenleistung in specie oder eine Bereicherung aus derselben erhalten hat, und die Gegenleistung vor der K.Eröffnung an den G.Schuldner gelangt ist, wird nicht die Masse, sondern nur der Gemeinschuldner als bereichert erachtet. Da unentgeltliche Verfügungen hier nicht in Rede stehen, wo es sich um Gegenleistungen handelt, so gilt für alle anderen Anfechtungsgründe der Anfechtungsgegner nach dem Systeme der K.O. als den K.Gläubigern gegenüber unredlich. Anm. 1 zu § 30. „Er kann nur an seinen Kontrahenten, den G.-

Schuldner, sich halten und, sofern nicht seine eigene Unredlichkeit bei Abschluß des Geschäfts nach bürgerlichem Recht einen Entschädigungsanspruch ausschließt, diesen als K.Gläubiger anmelden." Mot. 149. (Anders P. §§ 107, 108.) Der zweite Satz des § 31 soll — ebenso wie der zweite Satz des § 21 — nicht die Bedeutung haben, daß der Anfechtungsgegner immer einen Anspruch als K.Gläubiger hat, sondern daß, soweit er einen Anspruch hat, er denselben nur als K.Gläubiger geltend machen kann. Ob und in welchem Umfange er einen Anspruch hat, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Folgen der Auflösung des unwirksam erklärten Rechtsverhältnisses zu entscheiden. Vgl. A.L.R. I. 16 §§ 172 ff., 200 ff.; I. 13 §§ 262 ff.; für das gem. Recht vgl. Windscheid II. § 421; v. Sarwey S. 178; R.O.H. 22, 298. An sich besteht die Folge der Auflösung allerdings darin, daß der Gegner die von ihm gegebene Gegenleistung gleichfalls zurückfordern kann. Indeß kommt in Betracht, ob und wieweit er wegen seiner eigenen Verschuldung, und zwar sowohl wegen einer etwaigen Unredlichkeit gegen den G.Schuldner selbst, als auch wegen der beiderseitigen Verschuldung des Gegners und des G.Schuldners gegenüber den Gläubigern einen Anspruch geltend machen kann. Für das Gebiet des preuß. Landrechts vgl. die auch für Vertragsverhältnisse anwendbaren Grundsätze des A.L.R. I. 6 §§ 18 ff., Entsch. 38, 40. Vgl. für gem. Recht R.O.H. 20, 397. Abweichend hält Otto S. 181, 182 die eigene Unredlichkeit des Anfechtungsgegners für einflußlos. Denn das Geschäft sei nicht absolut und an sich ungültig; landesrechtliche Folgen einer Nichtigkeit könnten also nicht eintreten; die K.Forderung, welche Satz 2 zuspreche, beruhe auf der Beendigung der causa des Geschäfts und das Fortfallen der causa wieder nur auf der Billigkeit den K.Gläubigern gegenüber. Diese Ausführung verkennt jedoch sowohl die von Otto selbst zu Grunde gelegte Deliktsnatur der Anfechtungsgründe der §§ 23, 24, als auch den Umstand, daß Satz 2 eine K.Forderung nicht „zuspricht," sondern nur als möglich aufstellt („kann"); die in der K.O. nicht bestimmten Voraussetzungen und Grenzen einer solchen können also nur durch das bürgerliche Recht bestimmt werden und enthält die K.O. keine Vorschrift, welche in dieser Beziehung derogiren könnte.

Zweifelhaft könnte sein, ob der Anfechtungsgegner wegen seiner Gegenansprüche für Verwendungen, Verbesserungen u. s. w. hinsichtlich des nach § 30 Abs. 1 zurückzugewährenden (vgl. Anm. 2 zu § 30) ebenfalls nach Satz 2 nur eine K.Forderung hat oder — nach Satz 1 oder wegen der Verbindung mit seinen Pflichten aus § 30 — Massegläubiger ist. Dies ist um so wichtiger, wo er nach dem bürgerlichen Rechte kein Retentionsrecht hat, A.L.R. I. 20 § 537, Strieth. 62, 316. Der Satz 1, nur auf die Gegenleistung beschränkt, ist hierfür auch nicht analog anzuwenden; indeß mindert sich das nach § 30 Abs. 1 Zurückzugewährende nach dem Grundsatze, daß zur Masse nur dasjenige zurückzuführen ist, was sie gehabt hätte, wenn die Handlung nicht erfolgt wäre, um den Werth, welchen die Masse in diesem Falle weniger gehabt hätte bez. selbst hätte aufwenden müssen. Der Gegner ist also in Betreff dieser Ansprüche Massegläubiger. Vgl. auch die ein gleiches Verhältniß voraussetzenden Kompensationsbefugnisse des Gegners nach A.L.R. I. 7 §§ 233 ff., Stieglitz S. 178.

In den §§ 31, 32 sind, wie aus dem systematischen Zusammenhange der Lehre hervorgeht, nur die Ansprüche des Anfechtungsgegners behandelt, welcher mit dem G.-Schuldner die anfechtbare Handlung selbst vorgenommen hat. Daß dieselben Ansprüche und nur diese auch dessen Erben zustehen, folgt aus § 33 Abs. 1 und dem Uebergange aller Vermögensrechte auf die Erben. Welche Rechte ein sonst betheiligter Dritter bei einer nicht gegen ihn gerichteten Anfechtung hat, wieweit seine inzwischen in gutem Glauben erworbenen Rechte gegenüber der K.Masse erhalten bleiben, und welche Rechte er bei mittelbarer Schädigung derselben in Folge der Anfechtung gegen die Masse (vgl. A.L.R. I 13 §§ 262 ff.) oder gegen Andere hat, ist von der K.O. nicht berührt und nach

dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Anm. 4 zu § 6. Vgl. Otto S. 182; Stieglitz S. 180. Ueber die Rechte eines Dritten (Rechtsnachfolgers), gegen welchen nach § 33 Abs. 2 eine Anfechtung gerichtet ist, vgl. Anm. 5 zu § 33.

Von dem im Konkurse für die Rückgängigmachung zulässigen Anspruche auf Rückgewähr der Gegenleistung ist die Forderung zu unterscheiden, welche der Anfechtungsgegner gegen die Person des G.Schuldners deshalb haben kann, weil die anfechtbare Rechtshandlung nicht absolut, und nicht dem G.Schuldner gegenüber, sondern nur den K.Gläubigern gegenüber unwirksam ist. Vgl. Anm. 3 zu § 22 und Anm. 3 zu § 6.

§ 32.

Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.[1)]

P. 108.

1) Die Forderung, welche der Anfechtungsgegner vor der anfechtbaren Rechtshandlung an den G.Schuldner etwa hatte, und welche durch diese Rechtshandlung, falls sie gültig wäre, beseitigt sein würde, soll wieder in Kraft treten. Dies ist die sachgemäße Konsequenz der durch die relative Auflösung des ungültigen Geschäfts begründeten Herstellung des früheren Zustandes, als wenn die angefochtene Handlung nicht erfolgt wäre. Aus demselben Grundsatze folgt, daß der Gläubiger, welcher Anfechtungsgegner ist und nur seine früheren Rechte wieder erhält, den übrigen Gläubigern des G.Schuldners gleichgestellt wird und daß seine Forderung nur als K.Forderung, nicht als Masseanspruch, „wieder" in Kraft tritt; jedoch auch, wenn sie früher mit einem Pfand- oder sonstigen Absonderungsrechte versehen war, wieder mit diesem, soweit ein solches Recht nicht selbst angefochten ist, Petersen S. 171. Dies gilt auch im Falle wenn nach § 27 Abs. 2 der Verwalter sein Recht auf Erstattung der Wechselsumme geltend macht, zu Gunsten des letzten Wechselregreßpflichtigen. Dieser kann seine Wechselforderung, welche ihm ohne seine Begebung des Wechsels gegen den G.Schuldner zugestanden hätte, geltend machen, als wenn der Fiktion des § 27 Abs. 2 entsprechend der G.Schuldner ihm selbst gezahlt hätte und dies nun in Folge der Anfechtung als nicht geschehen anzusehen wäre. Selbstverständlich kann ihm, falls der G.Schuldner dem dritten Inhaber freiwillig zahlte und dadurch die Protesterhebung entbehrlich und unmöglich machte (auch bei einem domizilirten Wechsel), nicht entgegengesetzt werden, daß zur Wechselverfolgung die Protesterhebung nöthig sei. Andererseits muß er sich die Einreden aus dem dem Wechsel zu Grunde liegenden Verhältnisse (W.O. Art. 82) entgegensetzen lassen.

Voraussetzung des Wiederauflebens der Forderung ist, daß „der Empfänger der anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt." Wenn dies nicht geschieht, kann die Forderung bestritten werden. Eine Kompensation des an die Masse Zurückzugewährenden mit der K.Forderung des Gläubigers ist unzulässig, § 48 Nr. 1. Ist auch nur ein Theil des Empfangenen nicht zurückgewährt, so ist die K.Forderung, für welche die Dividende nicht feststeht zu bestreiten.

Die nach § 32 wieder auflebende Forderung ist die a. des Anfechtungsgegners, welcher die anfechtbare Leistung aus dem Vermögen des G.Schuldners erhalten hat, — nicht die Forderung eines dritten Erwerbers — b. gegen den G.Schuldner, — nicht etwaige Forderungen gegen einen Dritten, welcher etwa die Leistung erhalten hat. Die Rechte und Pflichten eines solchen Dritten sind von § 32, wie von § 31 nicht betroffen; vgl. Anm. 2 zu § 31 am Schlusse und über das Verhältniß eines Rechtsnachfolgers als Anfechtungsgegners. Vgl. Anm. 5 zu § 33; v. Sarwey S. 179; Otto S. 182; a.M. v. Völdernborff I. S. 354. Das Rechtsverhältniß des zurückgewährenden Gegners zu seinen Mitschuldnern und Bürgen tritt indeß, zwar nicht zufolge der Vorschrift des § 32,

jedoch als Folge der Beseitigung der Tilgung der Forderung wieder in Kraft. R.O.H. 20, 146. Dernburg II. § 131 Nr. 3.

Auf den Fall, wenn ein Schuldner des G.Schuldners an diesen gezahlt hat, und in Folge der Anfechtung an den Verwalter nochmals zahlen muß, ist § 32 nicht anwendbar. Er hatte keine Forderung an den G.Schuldner, sondern eine Schuld. Soweit er wegen der an den Verwalter erfolgten nochmaligen Zahlung einen Anspruch auf Rückforderung der an den G.Schuldner selbst geleisteten Zahlung nach Civilrecht hat (vgl. A.L.R. I. 16 §§ 166 ff., 170 ff., 189, 200 ff., 207), ist der Anspruch als ein solcher anzusehen, welcher als für den Fall der Unwirksamkeit bedingt schon zur Zeit der K.Eröffnung begründet war, mithin im Sinne des § 2 und des § 31 Satz 2 als K.Forderung. Vgl. auch Stieglitz S. 181.

§ 33.

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.[1]

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist,[2] findet die gegen den letzteren begründete[3] Anfechtung[4] statt:[5]

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen;[6]
2. wenn er zu den im § 24 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte.[7]

E. I. 39. P. 109.

1) Im § 33 ist vorgeschrieben, unter welchen Voraussetzungen die Konkursanfechtung gegen Dritte erfolgen kann, welche nicht Vertrags- oder Handlungsgenossen des G.Schuldners hinsichtlich der anfechtbaren Handlung sind, sondern Universal- oder Singular-Successoren des Vertrags- bez. Handlungsgenossen. Vgl. über das gemeine Recht: Windscheid II. § 463; Civilist. Arch. Bd. 62 S. 368—395; Otto S. 113—117. Für franz. Recht vgl. Reichsg. 1, 200. Preuß. K.O. v. 8. Mai 1855 § 109.

In allen Fällen der Abs. 1 und 2 ist Voraussetzung, daß gegen den Vertrags- oder Handlungsgenossen des G.Schuldners die Konkursanfechtung „begründet" ist und ist es andrerseits in Ermangelung einer Unterscheidung im Gesetze gleichgültig, aus welcher der Vorschriften der §§ 22 ff. die Anfechtung begründet ist, vgl. Anm. 6.

Zu Abs. 1. Gegen den Erben kann das Anfechtungsrecht, welches gegen einen Erblasser als Anfechtungsgegner nach §§ 22—25 oder auch nach § 33 begründet ist, nebst allen Verpflichtungen, welche gegen den Erblasser nach §§ 22, 30 begründet sind, geltend gemacht werden. Der Erbe muß sie ebenso, wie andere Verpflichtungen des Erblassers gegen sich gelten lassen, und hat für die vom Erblasser oder von ihm selbst gegebene Gegenleistung dieselben Rechte im Umfange der §§ 31, 32. Auch der Benefizialerbe ist in dieser Beziehung in derselben rechtlichen Lage; es könnte nur hinsichtlich der thatsächlichen Beitreibung derjenigen Verpflichtungen, welche darnach vom Erblasser und jetzt von ihm erfüllt werden sollten, sich darum handeln, ob er dafür über die Kräfte des Nachlasses hinaus in Anspruch genommen werden könnte und thatsächlich zu haften hat. In formeller Beziehung sind dabei die Vorschriften der C.P.O. §§ 695, 696 zu be-

rücksichtigen. In materieller Hinsicht entscheidet das bürgerliche Recht darüber, wieweit ein Erbe überhaupt, bez. einer von Mehreren, und insbesondere ein Benefizialerbe haftet. Für die im Abs. 1 behandelte Anfechtung ist eine Handlungstheilnahme des Erblassers vorausgesetzt und entscheidet dessen Kenntniß, da die Anfechtung gegen ihn begründet sein muß. Sind Handlungen des G.Schuldners, an welchen der Erbe selbst theilnahm, anfechtbar, so ist deren Anfechtung gegen diesen direkt aus §§ 22—25 zu richten. — Falls der Schuldner, welcher anfechtbare Handlungen vorgenommen hat, stirbt und über seinen Nachlaß Konkurs eröffnet wird, ist die Anfechtung seiner Handlungen oder derjenigen seiner Erben nach den §§ 22 ff. ebenfalls zulässig, vgl. Anm. 1 zu § 203. Im § 33 ist dieser Fall jedoch nicht behandelt, sondern die Eigenschaft des Erblassers als Genossen des G.Schuldners vorausgesetzt, da gegen den G.Schuldner selbst ein Anfechtungsprozeß im Konkurse nicht stattfindet, Anm. 5 zu § 22.

2) Zu Abs. 2. Der „Rechtsnachfolger" im Sinne des Abs. 2 ist jeder Dritte, welcher die durch die anfechtbare Handlung entäußerten Sachen oder Rechte erwarb, der Besitzer solcher Gegenstände, der Inhaber der vom G.Schuldner durch die Handlung begründeten Pfand- oder Hypothekenrechte oder Schuldverpflichtungen, somit (außer den Erben) jeder Rechtsnachfolger des Vertrags- bez. Handlungsgenossen des G.Schuldners, sowie der Rechtsnachfolger eines solchen Nachfolgers. Wenn ein Gläubiger seine Forderung einem Andern cedirt und dieser die anfechtbare Rechtshandlung mit dem G.Schuldner vornimmt, so ist die Anfechtungsklage nach den §§ 23 ff. gegen den Cessionar selbst zu richten. Der Letztere ist nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 33 Abs. 2, sondern selbst Vertragsgenosse des G.Schuldners. Die Bezeichnung: „derjenige, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist," soll auch den Geschenknehmer des § 25 einschließen. (Vgl. Anm. 7 zu § 25.) — Andererseits ist es für beide Fälle zu 1 und 2 ohne Einfluß, ob der Rechtsnachfolger unmittelbar von demjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, seine Rechte herleitet, oder ob zwischen Beiden noch andere Mitglieder fungirt haben. Weder deren Wissenschaft von der Sachlage kommt in Frage, noch ob auch gegen sie eine Anfechtung begründet sein würde.

3) Für beide Fälle des Abs. 2 ist vorausgesetzt: a. daß gegen den Vorgänger, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist (den Vertrags- bez. Handlungs-Genossen des G.Schuldners), die Anfechtung begründet ist; b. daß der Rechtsnachfolger selbst den K.Anspruch der Gläubiger verletzt. Der Unterschied der Nr. 1 und 2 liegt in der Art der erforderten Verletzung. Die erstere Voraussetzung zu a. muß der anfechtende Verwalter in jedem Falle (außer den Bedingungen zu Nr. 1, 2 des § 33) zur Begründung seines Anspruchs gegen den Rechtsnachfolger nachweisen. Strieth. 85, 334. Er ist dabei hinsichtlich des Grundes der Anfechtung, aus welchem der §§ 22—25 es auch sei, nicht beschränkt. Den Nachweis hat er im Prozesse gegen den nunmehrigen Anfechtungsgegner zu führen. An sich kann er den Beweis selbst dann antreten, wenn die Zulässigkeit der Anfechtung gegen den Vertragsgenossen des G.Schuldners bereits rechtskräftig demselben gegenüber abgewiesen ist, sofern nicht die Rechte aus dieser Entscheidung auf den jetzigen Anfechtungsgegner mit übergegangen sind. Die mit Bezug auf Entsch. 22, 123, Strieth. 6, 1 in den Mot. 151 ausgesprochene Ansicht, daß die Entscheidung ein materielles Präjudiz für den letzteren bilde, ist in dieser Allgemeinheit unhaltbar. In jenem Urtheil des Ober-Tribunals ist der Vorentscheidung auch nur deshalb die Judikatswirkung beigemessen, weil der Gegner Cessionar des Vorgängers war, gegen welchen die Anfechtung hinsichtlich der cedirten Forderung abgewiesen war und weil in Folge der Cession nach A.L.R. I. 11 § 402 die Rechte aus diesem Urtheile auch dem Cessionar zustanden. Ob es an der Voraussetzung fehlt, ist abgesehen von solcher besonderen Wirkung einer Vorentscheidung (gegen Stieglitz S. 183, 184) nur eine unter den Prozeßparteien zu beweisende und zu entscheidende Frage. Franke im civil. Arch.

Bd. 62, 494; Otto S. 116. Die Voraussetzung ist nur, daß die Anfechtung gegen den Vorgänger begründet ist. Prozessualisch ist nach der Fassung des § 33 dagegen nicht nöthig, daß außer dem Rechtsnachfolger zugleich der Vertragsgenosse des G.Schuldners verklagt werden oder vorher verurtheilt sein müsse; der Rechtsnachfolger kann allein verklagt werden und muß die Wirkung des Anfechtungsrechts gegen sich gelten lassen bez. ausführen. Mot. 150, 151. Vgl. Anm. 5 zu § 22. Entsch. 49, 356. Strieth. 46, 204; 65, 150; 85, 339.

Durch die Zulässigkeit der Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger wird nicht bestimmt, daß die Anfechtung gegen den Vorgänger nicht ebenfalls erfolgen könne. Gegen jeden Betheiligten kann auf Grund seines Delikts bez. seiner Rechtsstellung selbständig die Anfechtungsforderung verfolgt werden. Soweit darnach von ihnen dasselbe verlangt werden kann, haften sie daher solidarisch. Keiner hat für sich eine Einrede aus der Person der Anderen; nur objektiv hat der Verwalter die Einrede gegen sich gelten zu lassen, daß, soweit der Masse das Entzogene schon von Anderen zurückgeführt ist, ein nach § 30 hierauf gerichteter Anspruch überhaupt nicht mehr besteht. Vgl. Anm. 2 zu § 30, Stieglitz S. 184 Anm.

4) Liegen die im § 33 (Anm. 2, 5, 6) angegebenen Voraussetzungen vor, so stehen sonstige Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere auch Vorschriften der Hypotheken- und Grundbuchsysteme, oder Folgerungen des Grundsatzes: „Hand muß Hand wahren" dem Anfechtungsrechte nicht entgegen. Im E. I. § 39 (jetzt 33) war vorgeschlagen: Die Vorschriften gegen Rechtsnachfolger (außer Erben) „treten nicht ein, insoweit die Reichsgesetze oder das Landesrecht für den Erwerber günstigere Bestimmungen enthalten." Die Mot. v. 1873 S. 198 bemerken dazu: Das Anfechtungsrecht solle gegen einen Rechtsnachfolger überhaupt nur insoweit stattfinden, als das bürgerliche Recht den dritten Besitzer einem aus der Person eines Rechtsvorgängers entnommenen Angriffe unterwirft, nicht aber, soweit Reichs- oder Landesgesetze eine Vindikation oder einen Angriff gegen einen Dritten ausschließen oder mehr als der Entw. beschränken. Als solche entgegenstehenden Civilrechtsvorschriften sind namentlich Code civil art. 2279, 2280; H.G. Art. 307; W.O. Art. 74, einzelne Hypotheken- und Grundbuchsysteme und die auf dem Grundsatze: „Hand wahre Hand" beruhenden Landesrechte angeführt. Diese Beschränkung der Anfechtbarkeit ist von der Vork. gestrichen, und ihre Begründung ist in den Mot. zu § 33 fortgelassen. Die Ausführung in Anm. 2 zu § 23, daß der Anfechtungsgegner den Inhalt des Hypothekenbuchs der Anfechtung nicht entgegensetzen kann, gilt auch hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 33. Die Frage hinsichtlich des guten Glaubens bez. derjenigen Kenntniß, welche zur Begründung des Anspruchs nöthig und ausreichend ist, kann nur nach dem Inhalte und aus dem Systeme der §§ 22 – 33 beantwortet werden.

5) Pflichten und Rechte der Rechtsnachfolger für Abs. 2. Sofern die gegen den Vorgänger begründete Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger „stattfindet", treten dadurch auch die gleichen Wirkungen ein; indeß nur soweit das hierdurch gesetzlich begründete unmittelbare Forderungsverhältniß des Verwalters und des Nachfolgers als Gegners in Folge der Unwirksamkeitsauflösung diesem gegenüber eine Pflicht des von ihm der Masse Vorenthaltenen und ein Recht für das von ihm an die Masse und den G.Schuldner Geleistete bez. bei Auflösung des Rechtsgeschäfts Zurückzufordernde begründet. Dies folgt aus der Vorschrift, daß die Anfechtung gegen ihn „stattfindet" und die Unwirksamkeit nach § 22 sich auf sein Verhältniß gegenüber den K.Gläubigern beschränkt.

Die Wirkungen gegen den Anfechtungsgegner und die Verpflichtungen desselben sind daher für die Fälle des Abs. 2 im Allgemeinen dieselben, wie nach §§ 22, 30 hinsichtlich des unmittelbaren Vertrags- bez. Handlungsgenossen und zwar nach § 30 Abs. 1,

da sie gerade den Zweck und Inhalt der Anfechtung bilden, welche nach § 33 „stattfinden" soll und da auch die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger für den Fall zu Nr. 1 auf dessen eigener Betheiligung an der Unredlichkeit und für den Fall zu Nr. 2 auf der durch die Kenntniß der Anfechtungsgründe bedingten Gleichbehandlung mit dem unmittelbaren Geschäftsgenossen beruht, in beiden Fällen also der Anspruch seinen Grund im Delikte des Gegners findet. Anm. 6, 7. Mot. 153. Ob der Gegner selbst die Sache, das Recht oder den Werth, welche er zurückgewähren soll, unentgeltlich erworben oder (wenngleich auch im vollen Werthe) bezahlt hat, begründet nach dem Gesetze für das Stattfinden der Anfechtung keinen Unterschied, obgleich legislativ der Umstand allein, daß er unentgeltlich erwarb, ohne die Voraussetzungen der Nr. 1 oder 2 nicht ausreichend gefunden ist, eine Anfechtbarkeit zu begründen, Mot. 152, 153. Indeß beschränkt sich die Verpflichtung zur Rückgewähr nach Obigem auf dasjenige, was er als Rechtsnachfolger übernommen hat, der Masse entzog, vorenthält bez. gewähren kann oder konnte. Soweit schon sein Autor über Anfechtungsobjekte oder einen Theil davon anderweit verfügt hatte, ist hierfür nicht der Rechtsnachfolger verpflichtet.

Seine Rechte hinsichtlich der Gegenleistung sind dieselben, wie sie § 31 zunächst nur für den Vertrags- bez. Handlungsgenossen des G.Schuldners bestimmt. Indeß folgt gemäß derselben obigen prinzipiellen Begründung seines Verhältnisses aus seinem Rechte auf Erstattung der Gegenleistung aus der Masse nur, daß die von ihm selbst gegebene, in der Masse befindliche oder dieselbe bereichernde, Gegenleistung ihm zu erstatten ist (Satz 1 des § 21). Nur dies ist für ihn eine Gegenleistung. Für den darüber hinaus als K.Forderung geltend zu machenden Anspruch (Satz 2 des § 31) muß er nachweisen, daß er nach dem bürgerlichen Rechte einen solchen Anspruch hat, Anm. 2 zu § 31. Nach der K.O. ist die Gegenleistung bei erfolgreicher Anfechtung demjenigen zu „erstatten", § 31, d. h. also zurückzugewähren, welcher sie gemacht hat. Nach dem bürgerlichen Rechte bestimmt es sich, ob auch hinsichtlich der vom Vorgänger gegebenen bez. diesem bei eigener Rückgewähr gebührenden Gegenleistung der Rechtsnachfolger kraft Gesetzes durch ein Eintrittsrecht (Subrogation), wenn er für seinen Rechtsvorgänger dasjenige, was dieser in Folge der Ungültigkeit zurückgewähren müßte, seinerseits gemäß der Anfechtung zur Masse gewährt, in die Rechte des Vorgängers tritt; — oder ob er zur Geltendmachung der Rechte des Vorgängers einer Cession bedarf. Vgl. Anm. 8 zu § 12. Preuß. A.L.R. I. 16 §§ 47, 48. Gestattet das bürgerliche Recht jenes Eintrittsrecht ohne Cession nicht, „so bleibt es bei der Verpflichtung des Verwalters die in der Masse rechtlos befindliche Gegenleistung demjenigen, der sie gemacht hat, herauszugeben." Mot. 153. Sofern der Nachfolger gegen diesen Vorgänger einen Regreßanspruch hat, mag er sich dessen Anspruch exekutivisch überweisen lassen. Stieglitz S. 180, 181. A.M. v. Völderndorff I. S. 362, 363, welcher auf Grund des Wortlauts in § 31 Abs. 1 die Gegenleistung demjenigen zuspricht, der die Rückgewähr zur Masse leistet. Dieß hat jedoch schon den Wortlaut („erstatten") gegen sich. Mehr als das dem Vorgänger nach § 31 zu Gebührende, kann auch der Rechtsnachfolger keinesfalls gegen die Masse oder als K.Gläubiger beanspruchen. Was er selbst seinem Rechtsurheber als Entgelt gegeben hatte, kann er nur von diesem (bez. Entschädigung oder Gewährleistung dafür) fordern.

6) Zu Nr. 1. Beide Gründe zu Nr. 1 und 2 haben die deliktartige Verletzung des Gläubigerrechts seitens des Rechtsnachfolgers gemeinsam, welche auf seiner Kenntniß „zur Zeit seines Erwerbes" beruht. Für die Anfechtung aus Nr. 1 ist — der actio Pauliana entsprechend — (außer der in Anm. 3 erwähnten Voraussetzung) nöthig und genügend, daß der Rechtsnachfolger zur Zeit seines Erwerbes die Benachtheiligungsabsicht des G.Schuldners gekannt hat. Die in Nr. 1 aufgestellte Bedingung der Anfechtung ist deshalb ebenso aufgestellt wie im § 24 Nr. 1. Ob der Vertragsgenosse ebenfalls um die Frau-

dationsabsicht gewußt hat, oder ob gegen diesen die Anfechtung nur aus einem der andern Gründe der §§ 23—25, 27 (etwa auch zufolge der Unentgeltlichkeit) geltend gemacht ist oder werden kann, ist unerheblich, sofern nur die Anfechtung der Rechtshandlung, durch welche der Masse entzogen wurde, aus irgend einem Grunde zulässig ist, Anm. 3. Nothwendig ist nur, a. daß der G.Schuldner seine Gläubiger benachtheiligen wollte und b. der Rechtsnachfolger dies gewußt hat. Mot. 152. Beides hat der Verwalter zu beweisen. Ein Nachweis, daß der G.Schuldner benachtheiligt hat, genügt für Ersteres (zu a) nicht, gestattet aber unter Umständen einen Rückschluß auf seine Absicht. Daß der Rechtsnachfolger von der bereits erfolgten Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage Kenntniß hatte, genügt (zu b) nicht, wenn er keine Kenntniß von der Fraudationsabsicht des G.Schuldners hatte; nur dies sagen auch die von Petersen S. 174 mißverstandenen Mot. 152, 153. Dagegen ist die Anfechtung aus Nr. 1 weder nach dem Wortlaut des Gesetzes, noch nach den Mot. 152 Abs. 1 darauf beschränkt, daß die entziehende Rechtshandlung aus § 24 anfechtbar ist (gegen Petersen S. 174), oder darauf, daß sie nach § 24 oder § 23 Nr. 2 anfechtbar wäre (gegen Hullmann S. 156; anscheinend auch Wengler S. 246), vgl. Anm. 3.

Von der Zulässigkeit einer Klage auf Grund der Simulation gilt das in Anm. 2 zu § 24 Gesagte.

7) Zu Nr. 2. Falls der Rechtsnachfolger ein Ehegatte oder naher Verwandter ist, § 24 Nr. 2, läßt das Gesetz die Anfechtung auch ohne den unter Nr. 1 erforderten Nachweis überall zu, sofern nur die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründet war. Das Gesetz verstattet dem Verwandten nur einen von ihm nachzuweisenden Einwand seiner Redlichkeit; und zwar dahin, daß ihm die Umstände unbekannt waren, welche die Anfechtung gegen den Vorgänger — d. h. denjenigen Rechtsvorgänger, welcher Vertrags- bez. Handlungsgenosse des G.Schuldners hinsichtlich der anfechtbaren Rechtshandlung war — begründen, gleichviel, welche Gründe der Anfechtung es sein mögen. Diese Regelung der Beweislast beruht (wie für § 24 Nr. 2), mit Rücksicht auf das Verwandtenverhältniß und die häufigen Erfahrungen über zwischengeschobene Personen auf der Vermuthung, daß der Rechtsnachfolger in der That jene Umstände gekannt habe, also selbst ebenso zu behandeln ist, als wenn er unmittelbarer Erwerber wäre. Mot. 153.

§ 34.

Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens.[1]

1) Der E. I. (Mot. dazu S. 175, 176) wollte für das Anfechtungsrecht keine Verjährung gelten lassen. Von der Vork. ist dann § 34 zugesetzt. Die Wirkung der Verjährung des Anfechtungsrechts ist durch § 34 reichsrechtlich bestimmt und ist dadurch allen landesrechtlichen Vorschriften (vgl. A.L.R. I. 9 §§ 568, 569) in dieser Beziehung derogirt. R.O.H. 19, 313. Sie besteht im vollständigen Erlöschen des Rechts, mithin nicht nur der Klage, sondern auch der Einrede. Mot. 154. Stieglitz S. 187; Otto S. 178. Zweifelnd: Mandry S. 390, 391. Wegen der zeitigen Geltendmachung der Einrede vgl. Anm. 4 zu § 22.

Auch die Frist im Interesse „rechtzeitiger Ruhe der Bedrohten" auf ein Jahr festgesetzt, sowie der Fristbeginn sind reichsgesetzlich durch § 34 geordnet. Die Frist ist eine civilrechtliche, da das Bestehen und Nichtbestehen materieller Rechte davon abhängt, nicht eine prozessualische. Mithin sind weder §§ 200, 201 C.P.O. anwendbar, noch haben die Gerichtsferien einen Einfluß, welche zwar auf Prozeßfristen eines außerhalb des K.-Verfahrens verhandelten Prozesses, nicht aber auf civilrechtliche Fristen Anwendung finden. A.M. Petersen S. 176. Für die Berechnung gilt das bürgerliche Recht. Die Frist ist von Datum zu Datum zu rechnen; sie endigt mit dem Ablaufe des wieder-

kehrenden Jahrestages, vgl. Anm. 3 zu § 24; nach gemeinem Rechte mit dem 29. Februar des Schaltjahrs, wenn am 28. Februar des vorigen der Konkurs eröffnet war, vgl. v. Sarwey S. 184; v. Völdernborff I. S. 364; Otto S. 179; A.H.G. Art. 328 Nr. 2.

Soweit die K.O. die Verjährung nicht selbst regelt, also insbesondere hinsichtlich der Unterbrechung, Hemmung und der Verjährung der Litispendenz (vgl. Anm. 3 zu § 13), gelten die allgemeinen civilrechtlichen Vorschriften auch hinsichtlich der Anfechtungsverjährung als subsidiäre Rechtsquelle; ebenso wie entsprechend hinsichtlich der Wechselverjährung R.O.H. 19, 313; 22, 307; mithin, da § 34 (abweichend von W.O. Art. 80) über die Unterbrechung nichts bestimmt, und die Möglichkeit einer Verjährung voraussetzt, nicht nur die Vorschriften der C.P.O. über die Unterbrechung durch Klageerhebung, vgl. C.P.O. §§ 239, 235, 230, 190, 254, 461 Abs. 2, 471 Abs. 2, sondern auch die allgemeinen Vorschriften über Unmöglichkeit einer Verjährung (Justitium, Unmöglichkeit einer Kenntniß des Rechts, A.L.R. I. 9 §§ 512, 528). Die Restitution (A.L.R. I. 9 §§ 531 ff.) dürfte bei dieser kurzen Verjährung und der bestimmten Regulirung der Frist nicht statthaft sein; Entsch. 75, 288; v. Völdernborff I. S. 365. (Dagegen R.O.H. 22, 307).

Die Vorschrift des § 34 gilt nur für das Anfechtungsrecht aus den §§ 22—33; nicht für die Anfechtung außerhalb des Konkurses nach dem Ges. v. 21. Juli 1879 (vgl. § 12 dies. Ges. und Anm. 2 zu § 29) und nicht für eine sonstige Anfechtung aus civilrechtlichen Gründen (dolus, Zwang, Simulation, Irrthum).

Vierter Titel.

Aussonderung.

Die Konkursmasse, § 1, umfaßt nur das Vermögen des G.Schuldners und schließt fremdes Eigenthum aus. So lange eine fremde Sache sich in der K.Masse befindet, kann sie aus dieser verlangt werden. Der Verwalter, welcher nur die K.Masse zu verwalten hat, hat kein Recht, sie zurückzubehalten und muß sie ausscheiden, § 5. Der Beanspruchende ist nicht K.Gläubiger, da er nichts vom Vermögen des G.Schuldners, sondern eigenes Vermögen fordert, § 2. Er braucht sich deshalb im Konkurse nicht gleich den K.Gläubigern zu melden. Die gemeinrechtliche Behandlung der s. g. Vindikanten (Separatisten ex jure dominii, vgl. Anm. 2 III. zu § 1 u. Vorb. vor § 39), wodurch sie genöthigt wurden, sich im Konkurse zu melden, ist durch die K.O., wie schon durch die P. unter Wiederaufnahme des römisch-rechtlichen Prinzips aufgegeben. Ihr Anspruch wird rechtlich durch kein Stadium des K.Verfahrens beeinträchtigt. Die Geltendmachung unterliegt nicht den Formen und Fristen des K.Verfahrens, auch nicht der Zuständigkeit des K.Gerichts als solchen. Wird der Anspruch nicht anerkannt oder wird ihm nicht freiwillig entsprochen, so ist er im Wege des gewöhnlichen Civilprozesses durch Klage zu verfolgen. Einen thatsächlichen Einfluß können die Veräußerung des beanspruchten Gegenstandes, § 38, und die nicht zeitige Geltendmachung des Anspruchs, vgl. § 159, ausüben. — Aus dem Amte des Verwalters, § 5, folgt ferner, daß die Frage, ob die beanspruchte Sache zur Masse gehört oder nicht, gegenüber dem Verwalter als dem Vertreter des G.Schuldners hinsichtlich des Umfangs der K.Masse auszufechten und gegen ihn geltend zu machen ist. Der in P. § 30 ausgesprochene Satz: „das Rückforderungsrecht wird in allen Fällen unabhängig vom K.Verfahren gegen den Verwalter der Masse geltend gemacht“ ist nur, weil er als Konsequenz der allgemeinen Grundsätze selbstverständlich ist, nicht ausdrücklich aufgenommen.

Zur Bezeichnung der Ansprüche ist der Ausdruck: Aussonderungsansprüche gewählt, weil die Bezeichnung: Vindikationsansprüche (P.) zu eng ist und den Kreis der Berechtigten an sich und mit Rücksicht auf die gesetzlichen Abweichungen nicht richtig begrenzt, und der Ausdruck: Rückforderungsansprüche (österr. K.O.) ebenfalls diejenigen Ansprüche nicht umfaßt, mit welchen nicht eine Rückforderung geltend gemacht wird. Mot. 154—157.

---

§ 35.

Die Ansprüche auf Aussonderung[1)] eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes[2)] aus der Konkursmasse[3)] auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts[4)] bestimmen sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen.[5)]

E. I. 40. P. 22. 24. 25.

1) Das Recht auf Aussonderung erfordert den Nachweis, daß der Beanspruchende

I. aus einem dinglichen oder aus einem dem G.Schuldner gegenüber wirksamen persönlichen Rechte (Anm. 4);

II. einen Gegenstand (Anm. 2) als dem G.Schuldner nicht gehörig (Anm. 2c) und 4) für sich verlangen kann. Der Kreis umfaßt daher nicht blos die wirklichen Vindikanten.

Für das Bestehen des behaupteten Rechts zu I., sowie für die Negative zu II., entsprechend der gegensätzlichen positiven Feststellung dessen, was als dem G.Schuldner gehörig nach § 1 Theil der Konkursmasse ist, Anm. 2 III. zu § 1, ist das bürgerliche Recht bestimmend. Ob für einen Absonderungsanspruch diese Voraussetzungen vorhanden sind, richtet sich nach demjenigen bürgerlichen Rechte, welches für denselben Anspruch maßgebend sein würde, sofern der G.Schuldner nicht in Konkurs gerathen wäre. Mot. 158. Die K.O. verweist im § 35 hinsichtlich dieser materiellen Voraussetzungen auf die außerhalb des K.Verfahrens geltenden Gesetze und hat als Ausnahmen hiervon für den Konkursfall nur die Vorschriften der §§ 36—38 getroffen. Sie hat im § 4 E.G. die landesrechtlichen Vorschriften über das Konkursrecht, soweit nicht in der K.O. darauf verwiesen ist, aufgehoben; indeß sind im § 20 solche reichs- oder landesgesetzliche Vorschriften vorbehalten, welche besondere Bestimmungen über die Wirkung der K.Eröffnung für einzelne bestimmte „Rechtsverhältnisse" enthalten. Sofern in Gemäßheit des letzteren Vorbehalts die Regelung bestimmter Rechtsverhältnisse durch besondere Bestimmungen im Sinne der Anm. 1 bis 3 zu § 20 betreffs „der Erfüllung eines Vertrages oder der Beendigung eines Rechtsverhältnisses" zur Gestattung oder Versagung eines Aussonderungsrechts führt, ist dies maßgebend. Dagegen sind sonst in Folge des § 4 E.G. und der §§ 35—38 alle landesrechtlichen Vorschriften aufgehoben bez. die Einführung neuer unstatthaft, durch welche ein Aussonderungsrecht für den Konkursfall da gewährt würde, wo nach den allgemeinen außerhalb des Konkurses geltenden Rechtsgrundsätzen feststeht, daß nur eine K.Forderung oder nur ein Absonderungsrecht bez. daß, falls kein Konkursfall vorliegt, kein Aussonderungsrecht stattfindet; desgleichen Vorschriften, durch welche in Fällen, wenn sonst nach den allgemeinen Rechtsnormen ein Aussonderungsrecht begründet wäre, dasselbe für den Konkursfall versagt würde. Nur sofern eine landesrechtliche Konkurs-Vorschrift die Konsequenz der auch außerhalb des Konkurses geltenden allgemeinen Rechtsnormen enthält, bleibt sie in Folge dessen auch ferner für den Konkurs bestimmend. Demgemäß sind für das preuß. Recht die §§ 24, 25 P. beseitigt. Hinsichtlich des bayrischen und württemb. Rechts vgl. v. Sarwey S. 188—191; Stieglitz S. 191; Mandry S. 231. Ebenso be-

stimmt es sich nach dem Landesrechte, ob und welche Gegenforderungen der G.Schuldner bez. der Verwalter für die Masse wegen Auslagen, Verwendungen, oder aus anderem Grunde gegen den Berechtigten hat, und ob er wegen dieser Gegenforderungen ein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen hat. Mot. 157.

2) Der Anspruch auf Aussonderung ist hinsichtlich aller „Gegenstände" zulässig, welche der G.Schuldner gemäß den Rechtsverhältnissen der Parteien zur Zeit der K.Eröffnung, § 1, nicht als sein Eigenthum zu besitzen berechtigt war. Im E. I. § 40 war (wie auch in P. § 22) der Ausdruck: „Sache" gebraucht; die Vorl. substituirte den umfassenderen Ausdruck: „Gegenstand." Die Mot. (190) zu Tit. 5 bemerken: die Bezeichnung „Gegenstand" werde im Gesetze überall übereinstimmend mit der C.P.O. im weiteren Sinne gebraucht und umfasse die körperlichen Sachen und die s. g. unkörperlichen Dinge, wie Forderungen und sonstige Vermögensrechte. Vgl. Prot. 87. Auch in den Mot. zu Tit. 1 wird davon ausgegangen, daß auch Forderungen und Hypotheken zu den auszusondernden Gegenständen gehören können, Mot. 160, 158, 187, und überhaupt eine Beschränkung auf körperliche Sachen nicht gemacht werden soll. Es ist keinerlei Objekt ausgeschlossen, welches sich in der Masse befindet (gleichviel ob durch körperliche Detention oder durch Cession, Eintragung im Hypothekenbuche oder sonst erkennbar als Theil der Masse bezeichnet), wenn es nur in der That ein fremdes ist und die Voraussetzungen des § 35 (Anm. 1) vorliegen. Ausgeschlossen ist nur ein lediglich obligatorischer Anspruch, vermöge dessen der Gläubiger verlangen kann, daß der G.Schuldner ein Objekt, welches dem G.Schuldner gehört, gewähren müsse.

Die Erörterung aller Aussonderungs-Objekte bez. Ansprüche, welche möglich sind, würde das gesammte Civilrecht umfassen und gebietet sich daher von selbst die Beschränkung auf die Andeutung der wesentlichen Kategorien.

a. Die nächstliegenden Gegenstände einer Aussonderung sind die Objekte des eigentlichen Sacheneigenthums und des Besitzrechts im Sinne der rei vindicatio und der actio Publiciana (preuß. A.L.R. I. 7 §§ 162 ff.).

b. Außerdem können Gegenstände einer Aussonderung sein: alle selbständigen Vermögensrechte, mit Ausnahme der obligatorischen Ansprüche eines Gläubigers gegen den G.Schuldner (K.Forderungen), mithin: dingliche Rechte am Eigenthum eines Dritten; dingliche selbständige Rechte, welche ein Dritter am Eigenthum des G.Schuldners haben kann, insbesondere Reallasten (Ausgedinge), Nießbrauch, Superficies, auch Servituten an einem Grundstücke des G.Schuldners, Prädialservituten natürlich nur für den legitimirten Besitzer des berechtigten Grundstücks, vgl. Anm. 1 zu § 9; — jedoch nicht die für einen Anspruch begründeten Pfand- und Absonderungsrechte an einem Eigenthum des G.-Schuldners, welche in den §§ 39 ff. behandelt werden; — ferner persönliche Forderungsrechte gegen einen Dritten, welche als Theil der K.Masse erscheinen oder vom Verwalter in Anspruch genommen werden. Behauptet ein Dritter hinsichtlich eines vom Verwalter für die K.Masse prätendirten Rechtes, daß das Recht nicht Eigenthum des G.Schuldners, sondern sein eigenes sei, so ist er ebenmäßig nicht K.Gläubiger und nicht auf die Anmeldung einer Entschädigungsforderung zu verweisen, sondern kann in besonderem Prozesse gegen den Verwalter die Anerkennung, daß das Recht nicht zur K.Masse, sondern dem Kläger gehört und die thatsächliche Bewahrheitung dessen verlangen, so weit das bürgerliche Recht den Anspruch bez. dessen Ausscheidung zuläßt. Dies gilt für persönliche und dingliche Ansprüche gegen einen Dritten; sie können als nicht dem G.Schuldner gehörig ebenso, wie Nutzungsrechte an Sachen, deren Eigenthum zur Masse gehört, ausgesondert verlangt werden. Das preuß. Landr. erkennt ohnehin eine Vindikation, sowie die Zulassung der actio Publiciana auch zu Gunsten von Rechten an. A.L.R. I. 15 §§ 3, 4. (Das Obertribunal rechnet zu den „Sachen" des § 22 P. nur körperliche und nicht Forderungen, Striet. 74, 158; indeß auch Hypothekenforderungen, Entsch. 74, 37.)

Darüber, ob ein streitiges Aussonderungsrecht begründet ist, ob etwa eine Forderung für den G.Schuldner oder für den Prätendenten konstituirt bez. auch ohne Cession erworben ist (vgl. H.G.B. Art. 368 und Kowalzig Anm. zu Art. 368), ob eine Forderung durch Cession des G.Schuldners oder sonst aus der Masse ausgeschieden ist und von dem Dritten auch gegen den G.Schuldner direkt geltend gemacht werden kann, entscheidet überall das bürgerliche Recht. Vgl. A.L.R. I. 11 §§ 393 ff. Ist das Aussonderungsrecht begründet, so stehen dem Berechtigten eventuell die Rechte aus § 38 zu. Hat freilich für eine cedirte Forderung der G.Schuldner schon vor der K.Eröffnung (vgl. § 7) von dem nicht von der Cession benachrichtigten Schuldner Zahlung erhalten, so ist § 38 gegenstandslos und ein Anspruch auf Aussonderung „aus der K.Masse" (Anm. 3) nicht vorhanden, A.L.R. I. 11 §§ 413 ff., und dem Cessionar bleibt nur der Anspruch auf Entschädigung als K.Forderung. Durch eine Anweisung (Assignation) des G.Schuldners, welche dem Assignatar nur ein Klagrecht aus der Person des Anweisenden giebt, scheidet die Forderung noch nicht aus dem Vermögen des G.Schuldners, vgl. A.L.R. I. 16 §§ 251 ff.; dagegen wird durch die rechtsgültige Annahme der Anweisung seitens des Assignaten, da diese schon eine Ausführung des Mandats enthält, allerdings ein Absonderungsrecht begründet, A.L.R. I. 16 §§ 259 ff., 275 ff. H.G.B. Art. 300. R.O.H. 22, 137. Entsch. 46, 332; 53, 85. Kowalzig zu Art. 300. Die exekutivische Ueberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt begründet deren Aussonderung; nicht aber eine Ueberweisung zur Einziehung, C.P.O. § 736.

c. Wechsel, Handelspapiere oder andere Urkunden über Forderungen, welche dem G.Schuldner zur Verwahrung oder zur Ausführung eines Auftrages, z. B. zur Einkassirung einer Wechselforderung oder einer andern Forderung, mit der Bedingung zugeschickt sind, daß der G.Schuldner nicht Eigenthümer werden soll, wenngleich dazu der Wechsel ohne Einschränkung girirt oder die Forderung statt einer Vollmacht cedirt ist, können ausgesondert und zurückgegeben verlangt werden; ebenso Objekte, welche zur Sicherung einer künftigen Vertragserfüllung gegeben sind, also nicht Eigenthum des G.Schuldners geworden waren, wenn der Verwalter dann den Vertrag nicht erfüllen will (§§ 15, 21). Insoweit ist die Vorschrift der P. § 24 als aus den aufgestellten Grundsätzen folgend und als unnöthige Exemplifizirung nicht aufgenommen. Mot. 160. Vgl. Anm. 4. Wenn dagegen das Objekt als Vorleistung einer vom G.Schuldner bedungenen Gegenleistung gegeben ist, so daß der Letztere nach Civilrecht Eigenthümer des Objekts geworden ist, so steht selbst im Falle einer Aufhebung oder Nichterfüllung des Geschäfts der § 21 der Rückforderung entgegen. Mot. 160.

In der R.K. wurde bezweifelt, ob die vorstehende in den Mot. erfolgte Auseinandersetzung darüber, wann Wechsel und derartige Urkunden dem G.Schuldner gehörten, auch aus dem Wortlaute des § 35 genügend hervorgehen, und ob nicht namentlich Wechsel, welche mit Voll-Giro indossirt sind, dadurch Eigenthum des Indossatars werden. Mit Rücksicht auf den kaufmännischen Gebrauch, das Voll-Giro bei Wechseln auch dann zu wählen, wenn eine Eigenthumsübertragung nicht beabsichtigt ist, wurde eine positive gesetzliche Feststellung mehrseitig wünschenswerth gefunden. Wiederholte Anträge (des Dr. Goldschmidt) auf eine entsprechende Zusatzbestimmung wurden indeß abgelehnt. Jedoch wurde als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter zu Protokoll konstatirt: „Durch § 35 des Entw. soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der K.Masse, sofern sie dem G.Schuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des G.-Schuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung" „zur Sicherung" oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält." Prot. 28—32, 127—131, 163—170, 172. Bei der Berichterstattung seitens der Kommission zur zweiten

Reichstagslesung wurde diese Konstatirung im Reichstage wiederholt, ohne daß ein Widerspruch erfolgte. Vgl. Wengler S. 29. Unter diesen Umständen muß die obige Konstatirung als die Meinung der gesetzgeberischen Faktoren anerkannt werden. Zur Erläuterung dienen die vorangegangenen eingehenden Erörterungen in der R.K. In derselben erklärte Dr. Goldschmidt eine ausdrückliche Vorschrift deshalb nöthig, weil die Motive nicht Gesetzeskraft haben, durch ein Voll-Giro Alles geschehen sei, was formell zur Eigenthumsübertragung nöthig sei, und das R.O.H. annehme, daß ein derartiger girirter Wechsel, auch wenn er nur zu Inkassozwecken begeben werde, in das Eigenthum des Empfängers übergehe. R.O.H. 6, 44—62. Regierungsseitig wurde entgegnet: nur dem Dritten gegenüber sei der Indossatar als Eigenthümer zu betrachten; (dagegen Goldschmidt: es gebe nur ein Eigenthum; es könne nicht ein Eigenthum im Verhältniß zu A. von einem Eigenthume im Verhältnisse zu B. unterschieden werden;) der beantragte Zusatz sei unnöthig, soweit der Inhalt der Motive wiederholt werden solle; sofern beide Theile die Eigenthumsübertragung nicht wollen, werde ebenso wie im Falle der Simulation das Eigenthum nicht übertragen. Der Zusatz sei mißverständlich, indem darunter eine Ausnahme vom § 35 (wie in §§ 36, 37) vermuthet werden würde und Zweifel für die nicht ausdrücklich genannten ähnlichen Verhältnisse entstehen müßten, auch die Regelung des Falles, wenn weder eine Sicherung, noch eine Vorleistung ausdrücklich verabredet sei, vermißt würde, und die Anwendbarkeit des § 21 in der Praxis leicht zweifelhaft werden könne. Vgl. R.O.H. 5, 36; 7, 245 ff.; 8, 333; 10, 386. — Es kann dahin gestellt bleiben, ob die juristische Konstruktion der Unterscheidung des Verhältnisses Dritten gegenüber und des Verhältnisses der Kontrahenten unter einander hinsichtlich eines Eigenthums an dem Wechsel und der Wechselforderung eine folgerichtige ist. Jedenfalls ist in Verbindung mit der obigen Bedeutung des Rechtsbegriffs eines dem G.Schuldner nicht gehörigen „Gegenstandes" in Gemäßheit jener Konstatirung zu unterscheiden: dem Dritten gegenüber ist der mit Voll-Giro versehene Wechsel und dessen Forderung nicht mehr Eigenthum bez. Forderung des Indossanten; er hat keinen Einwand gegen die Eigenthumsübertragung, auch wenn der Indossant diese Form nur zum Zwecke eines Inkasso-Auftrags benutzte; für das Verhältniß des Indossanten und des Indossatars unter einander entscheidet indeß hinsichtlich der Anwendung des § 35 ihre Vereinbarung darüber, ob der Indossant noch Eigenthümer und rückforderungsberechtigt sein soll. Da § 35 die Ansprüche auf Aussonderung auf Grund eines persönlichen Rechts einschließt, mithin auch sofern sie gegen den G.Schuldner dahin begründet sind, daß der Gegenstand für das Verhältniß des Beanspruchenden gegen den G.Schuldner als ein dem Letzteren nicht gehöriger verlangt werden kann, so ist der Inhalt der Konstatirung der R.K. sowie der Mot. allerdings auch im § 35 ausgedrückt zu finden. Vgl. auch Dernburg Bd. II. § 117 Anm. 7 und Koch zu P. § 25. Der Aussonderungsberechtigte hat sachgemäß nur zu beweisen, daß er die Forderung erworben, nicht auch, daß er sie nicht an den G.Schuldner übereignet hat. Der Verwalter hat einredeweise das Letztere zu beweisen, wozu für das nun einmal dem Gedanken des Gesetzes gemäß zu trennende Verhältniß beider Kontrahenten zu einander die Berufung auf das Voll-Giro nicht ausreicht, sondern auf das der Wechselbegebung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft zurückzugehen ist. Stieglitz S. 206, 207.

d. Nach dem anwendbaren bürgerlichen Rechte ist zu entscheiden, ob beim Kauf das Objekt durch den Vertrag allein Eigenthum des Käufers wird, Code civ. art. 1583, vgl. Anm. 4 zu § 21, oder noch für Grundstücke die Auflassung und Grundbucheintragung (Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 1 ff.), für Grundschuldbriefe die Aushändigung (§ 20 das., Anm. 3 zu § 12) und für andere Gegenstände eine Uebergabe hinzukommen muß bez. wann diese als vollzogen gilt, A.L.R. I. 10 § 1; I. 11 § 128 ff., H.G.B. Art. 345 ff.; ebenso welchen Einfluß die Zahlung oder Kreditirung des Kaufpreises (gemeinrechtlich)

hat; ferner welchen Einfluß auflösende und aufschiebende Bedingungen und insbesondere der Vorbehalt des Eigenthums haben, A.L.R. I. 11 §§ 258 ff., 266 ff.; vgl. Anm. 3 zu § 21.

Waaren, welche ein Dritter dem G.Schuldner zum Verkaufe in Kommission gegeben hat (vgl. P. § 25) können — die Nichterfüllung des Verwalters nach § 15 vorausgesetzt — unter Berücksichtigung des H.G. Art. 376—378 zurückgefordert werden, wenn der Kommissionär (also hier der G.Schuldner) sie nicht schon veräußert hat oder sich nicht schon unter den gesetzlichen Bedingungen vor der K.Eröffnung als Selbstkäufer angezeigt hat oder sonst als Käufer nach der Sachlage, den Verabredungen und dem bürgerlichen Rechte nicht schon das Eigenthum der Waaren erlangt hat (§ 21).

e. Bei der Kommission zum Einkaufe entscheidet ebenso das bürgerliche Recht über die Frage, ob der G.Schuldner als Einkaufs-Kommissionär das Eigenthum der Waaren für sich oder den Kommittenten erworben hat, wenn er von der Befugniß zum Eintritte als Selbstverkäufer (H.G. Art. 376) nicht Gebrauch gemacht hat. Der Einkaufskommissionär erwirbt die für den Kommittenten angeschafften, nur generisch bestimmten Waaren zunächst für sich, bis er sie demselben durch Tradition, Uebersendung oder was dem gleichsteht, übereignet. Dernburg II. § 117 Nr. 1 und § 185. Wenn der Kommissionär von der Befugniß aus Art. 376 Gebrauch macht, steht derselbe zum Kommittenten im Verhältnisse des Verkäufers zum Käufer und es entscheiden die gewöhnlichen Regeln über dies Verhältniß. Mot. 161, 162.

f. Aus Verträgen zu Gunsten Dritter, sofern sie nicht als höchst persönliche Rechte aus der K.Masse überhaupt ausscheiden, hat der Dritte ein Aussonderungsrecht, wenn er daraus ein selbständiges Recht hat (Lebensversicherungen, vgl. R.G. 1, 188. Abfindungen bei Gutsüberlassungen an Kinder R.G. 2, 272).

g. Nach dem bürgerlichen Recht entscheidet sich auch, wiefern ohne besondere Handlung des Erwerbers oder in Folge bestimmter Thatsachen kraft Gesetzes das Eigenthum übergeht, so beim Erwerb von Erbschaften und Legaten, A.L.R. I. 9 §§ 4, 367; I. 12 § 288, durch Erbschaftskäufe, I. 11 § 474; durch das Loos, I. 11 § 573, bei nothwendigen gerichtlichen Verkäufen, I. 11 § 342, bei agrarischen Separationen, Entsch. 74, 222, Strieth. 93, 239.

h. Durch die in dieser Beziehung materiell-rechtlich bestimmenden Vorschriften der C.P.O. §§ 716 Abs. 2, 720, 736 ff., vgl. 674, 675 ist angeordnet, wann einem Gläubiger durch Zwangsvollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers oder des Gerichts erworben ist. Hinsichtlich der Rechte auf Aussonderung an Massen, welche in Folge von Zwangsvollstreckungen bez. Klagen gemäß der C.P. hinterlegt sind, vgl. Anm. 14 zu § 41.

3) „Aus der Konkursmasse." Fernere Voraussetzung einer Aussonderung „aus der K.Masse" ist, daß sich der Gegenstand thatsächlich in der Masse befinden muß, bez. was als hierunter mitverstanden zu gelten hat, daß der Gegenstand als Theil der K.Masse erscheint. Dem Begriffe des „Gegenstandes", Anm. 2, entsprechend, kann dies durch körperliche Detention, durch Cession oder Schuldschein-Vermerk eines Anspruchs als dem G.Schuldner gehörig, durch Eintragung im Grundbuche, durch Handlungen oder Erklärungen des Verwalters, welcher ein Recht in Anspruch nimmt, oder sonst erkennbar sein. Gemäß dem § 38 genügt es zur entsprechenden Geltendmachung des Aussonderungsrechts, wenn für den ursprünglichen Gegenstand noch ein Aequivalent unter den Voraussetzungen des § 38 vorhanden ist. Verfügt sonst der Verwalter über einen Aussonderungsgegenstand, so hat der Berechtigte nach § 52 Nr. 1, 3 einen Masseanspruch; geht er während des K.Verfahrens verloren, so ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, wieweit der Verwalter als Vertreter des G.Schuldners zu vertreten hat.

Die Masse haftet für die Handlungen und Unterlassungen des Verwalters mit Rücksicht auf seine Kenntniß. Vgl. Vorb. 2 V. vor § 1 S. 50 und R.G. 2, 270.

Der Berechtigte kann den Gegenstand (abgesehen von einer Verschuldung des Verwalters, § 52 Nr. 1) nur in demjenigen Zustande „aus der K.Masse" verlangen, wie er sich in derselben zur Zeit der K.Eröffnung befindet. Wenn er auf Grund der Vorschriften über dasjenige, was ein Besitzer fremder Sachen für Verschlechterungen, Aenderungen oder sonst zu gewähren hat, Ansprüche macht, so kann er diese nur als K.Gläubiger geltend machen. (Erk. d. Kammerger. Berlin v. 3. April 1876 in S. v. Kleist-Retzow wider die Pomm. Centralbahn betr. Aufschüttung eines Eisenbahndammes.) Dernburg II. § 117 Nr. 1.

Hinsichlich des umgekehrten Falles, wenn der Verwalter für den G.Schuldner vindizirt und vom Besitzer Gegenansprüche geltend gemacht werden vgl. Anm. 8 zu § 41.

4) Jedes Recht, welches nach Civilrecht genügt, um nachzuweisen, „daß der Gegenstand ein fremder ist, dem G.Schuldner nicht gehört", kann zur Begründung des Aussonderungsanspruchs dienen. „Auch wer mit einer persönlichen Klage geltend macht, daß der G.Schuldner z. B. als Depositar, Kommodatar, Miether für ihn eine Sache in Gewahrsam hat, also in des Klägers Namen besitzt", ist Vindikant in der bisher üblichen Sprachbedeutung. Dernburg Bd. II. § 117. Das Gesetz bezeichnet deshalb allgemein die beiden Kategorieen: dingliches oder persönliches Recht. Außer der eigentlichen rei vindicatio sind actio publiciana, act. confessoria, hereditatis petitio nicht ausgeschlossen; auch nicht obligatorische Verhältnisse, depositio, precarium, condictio sine causa, commodat, Mandat, desgleichen unerfüllte Verträge der Kategorie des § 15, welche der Verwalter nicht erfüllen will. Das obligatorische Recht muß jedoch dahin begründet sein, daß das Objekt nicht dem G.Schuldner *gehört*, sondern dem Beanspruchenden, und nicht blos, daß der G.Schuldner obligatorisch verpflichtet wäre, ein *ihm* in der That gehöriges Objekt zu gewähren.

Wird ein nach dem bürgerlichen Rechte begründeter Anspruch auf einen Gegenstand geltend gemacht, hinsichtlich dessen ein unerfüllter Vertrag im Sinne des § 15 besteht, so bleibt derselbe an sich auch im Konkursfalle als Aussonderungsrecht begründet; der Verwalter kann ihn jedoch beseitigen, wenn er, sein Wahlrecht ausübend, erfüllt. „Die K.Eröffnung kann auf die Erfüllung des Vertrages und je nachdem diese zu leisten oder zu unterlassen ist, auf den *Erfolg* der Vindikation von Einfluß sein — inwiefern dies der Fall, regelt der zweite Titel §§ 15—21; — auf das Recht der Vindikation wirkt die K.Eröffnung nicht ein. Mot 158. Vgl. Anm. 1 zu § 20, Anm. 2 I., II. zu § 21, Anm. 6 zu § 36.

5) „Nach den außerhalb des K.Verfahrens geltenden Gesetzen" bestimmt sich nicht nur, welche *materiellen* Ansprüche auf Aussonderung begründet sind, sondern auch, wie dieselben *formell* geltend zu machen sind. Sie sind im Falle eines Rechtsstreits nicht von dem K.Gericht als solchem zu entscheiden, sondern vor dem nach der C.P.O. zuständigen Prozeßgerichte zu verfolgen; falls bereits ein Rechtsstreit anhängig ist, nach § 9 durch Aufnahme desselben. Der Zwangsvollstreckung und den Arresten für Aussonderungsberechtigte steht der Konkurs nicht entgegen, § 11.

§ 36.

Der Verkäufer[1] oder Einkaufskommissionär[2] kann Waaren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet[3] und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind,[4] zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.[5]

Die Bestimmungen des § 15 finden Anwendung.[6]

E. I. 41. P. 26—28.

1) Im Allgemeinen unterliegen die Verhältnisse der Käufer und Verkäufer im Konkurse der Regel, daß durch die K.Eröffnung der Bestand der Verträge an sich nicht in Frage gestellt wird, und den allgemeinen Vorschriften über Verträge (für unerfüllte den §§ 15—21) und über Vindikation. So wie der Käufer, welcher das Eigenthum der gekauften Sache noch nicht erworben, hat auch der Verkäufer, der aufgehört hatte, Eigenthümer der verkauften Sache zu sein, nur als K.Gläubiger eine persönliche K.Forderung. Eine Ausnahme macht das im § 36 bestimmte Verfolgungsrecht zu Gunsten des Verkäufers (droit de suite, right of stoppage in transitu): der Verkäufer kann unbezahlte Waaren zurückfordern, wenn sie von auswärts verschickt und noch unterwegs waren. Das Recht gilt völkerrechtlich allgemein (Kierulff Bd. I. S. 642 ff., 653 ff.; R.O.H. 6, 298; 10, 70 ff.) und ist beibehalten, weil dabei andere Gläubiger nicht getäuscht und bei dem Wahlrechte des Verwalters auf Erfüllung auch nicht benachtheiligt würden, und nur das Unrecht mißbräuchlicher später Waarenbestellung ausgeglichen werde. Mot. 164, 165. Die Vorschrift ist eine ausnahmsweise Sonderbestimmung da, wo beim Kaufe das Eigenthum nach dem bürgerlichen Rechte schon durch die Absendung seitens des Verkäufers, bez. durch eine Uebergabe ohne Gewahrsam des Käufers, A.L.R. I. 11 §§ 128 ff., oder durch den Vertragsabschluß, Code civ. art. 1583, übergeht. Wo dagegen das Eigenthum erst mit dem Gewahrsam des Käufers an der Sache oder mit der Berichtigung des Kaufpreises übergeht, weicht, abgesehen von dem Einflusse der Kreditirung des Kaufpreises (Anm. 4) das Verfolgungsrecht von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht ab. In Betreff der Anwendbarkeit des § 36 auf alle nach der Gesetzeskraft der K.O. eröffneten Konkurse und der Nichtanwendbarkeit bisheriger konkursrechtlicher Vorschriften auf solche Konkurse vgl. Anm. 1 zu E.G. § 9.

2) Dem Verkäufer ist der Einkaufskommissionär gleichgestellt (vgl. R.O.H. 10, 82). Er würde sonst, wenn er sich nicht als Selbstverkäufer anzeigte (H.G. Art. 376), nicht „Verkäufer" sein, und der dritte nicht benannte Verkäufer würde nach H.G. Art. 360 Abs. 2 keine Rechte gegen den Kommittenten haben.

3) Das Verfolgungsrecht setzt ein Geschäft über „Waaren" voraus. Die Mot. sagen: „es soll auf jegliche Waare, auf jede einem Handelskauf und der Versendung unterworfene Sache Anwendung finden." Mot. 165. Die Anwendbarkeit auf einen nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilenden Kauf (mit v. Sarwey S. 212; Stieglitz S. 208; Wengler S. 265) einzuschränken, liegt kein Grund vor. Wenngleich das Recht aus dem Bedürfnisse des Handelsverkehrs hervorgegangen ist, — was aber auch beim Wechsel und bei den Geschäften des § 16 der Fall ist, — so ist der Begriff der Waare sprachgebräuchlich nicht auf den handelsrechtlich zu beurtheilenden Verkehr beschränkt und eine weitere Einschränkung als durch den Begriff der Waare ist für den § 36 so wenig, wie für § 16 durch das Gesetz bestimmt; die Anwendung also auch dann nicht ausgeschlossen, wenn keiner der Kontrahenten ein Kaufmann und der Kauf

auch nicht zur Weiterveräußerung geschlossen ist. Petersen S. 186; v. Völderndorff I. S. 389, 390.

Das Verfolgungsrecht findet nicht Anwendung auf Platzgeschäfte, wenn der Verkäufer an Ort und Stelle dem Käufer oder dessen Vertreter die Waare übergiebt, mag dieser auch die Versendung beabsichtigen oder ausführen; aber auf alle Distancegeschäfte, wenn die Waare nach Inhalt des Kaufgeschäfts dem Käufer (G.Schuldner) nach dem von diesem bestimmten Orte von einem andern Orte übersendet werden soll; — ohne Unterschied, ob einer dieser Orte oder irgend ein anderer Ort als Erfüllungsort gilt; — ob der Verkäufer zufolge eigener Verpflichtung oder ausdrücklichen, stillschweigenden oder gesetzlichen Auftrags des Käufers die Sache der den Transport bewirkenden Person übergeben hat, R.O.H. 12, 390, — ob der Transport auf Gefahr oder Kosten des Verkäufers oder des Käufers erfolgt, oder ob sonst nach Landesgesetzen das Eigenthum schon auf den Käufer übergegangen ist, R.O.H. 12, 394, — und ob der Verkäufer des G.Schuldners oder ein Rechtsvorgänger, ein Verkäufer des Ersteren, abgesandt hat. Mot. 166.

4) Das Verfolgungsrecht ist statthaft, wenn auch nur der geringste Theil des Preises nicht bezahlt ist. Ob der Kaufpreis kreditirt ist oder ein Zahlungsverzug vorliegt, macht keinen Unterschied; auch nicht die Sicherung des Preises durch Wechsel, sofern diese nicht an Zahlungsstatt angenommen sind.

5) Die ferneren Voraussetzungen des Verfolgungsrechts (außer Anm. 3 u. 4) sind: daß die Waaren zur Zeit der K.Eröffnung am Ablieferungsorte noch nicht angekommen waren; oder daß sie, wenn dort angekommen, noch nicht in den Gewahrsam des G.-Schuldners (oder eines andern für ihn) gelangt sind. Der „Gewahrsam" (also nach preuß. A.L.R. I. 7 §§ 1, 2) ist zur präziseren Bezeichnung der unbestimmteren Bestimmung der P. § 26 vorgezogen. Durch wen ein Anderer den Gewahrsam für den G.Schuldner erlangt hat, ob durch dessen Verkaufskommissionär, sonstige Bevollmächtigte, durch einen Spediteur, einen Pfandgläubiger oder Andere, ist gleichgültig. Hat der Gläubiger oder sein Vertreter nicht den Gewahrsam erlangt, so wird die Rückforderung auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der G.Schuldner vor der K.Eröffnung ein auf Ordre lautendes Konossement erhalten hat. Mot. 167. Ausgeschlossen wird sie nur, wenn die Waare vor der K.Eröffnung am „Orte der Ablieferung" angekommen und außerdem in den Gewahrsam des G.Schuldners oder eines Anderen für ihn gelangt ist. Der „Ort der Ablieferung" ist entsprechend der Ausdrucksweise des H.G.B. Art. 324, 345 ff. die geographische bei der Absendung als zur Ablieferung bestimmt angegebene Ortschaft, nicht diejenige Lokalität innerhalb dieses Ortes, in welche der G.Schuldner derartige Sendungen aufzunehmen beabsichtigt. Nimmt an jenem Orte der vom G.Schuldner mit dem Empfange solcher Sendungen beauftragte Spediteur oder sonst ein Vertreter des G.Schuldners die Sendung in Gewahrsam, so ist damit der Transport im Sinne des § 36 beendet. Für die abweichende Vorschrift der P. § 26: wenn die Waaren nicht schon „in das Waarenlager oder in einem andern Aufbewahrungsort des G.Schuldners oder eines Dritten abgeliefert sind, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des G.Schuldners zu halten" hat das R.O.H. 24, 345 den Transport dann noch nicht für beendigt erklärt, wenn der Spediteur das Gut erlangt hat, um es dem G.Schuldner erst noch zuzuführen, nicht schon, um es für ihn aufzubewahren bez. bis auf Weiteres zu lagern. Für den § 36 ist dies nicht mehr zutreffend. Vgl. auch Dernburg Bd. 2 § 117 Nr. 1 zu a. — Durch eine auf Anweisung des Bestellers erfolgte Unterbrechung des Transports vor der Ankunft am Bestimmungsorte wird der Transport rücksichtlich des Verfolgungsrechts nicht schon früher beendet und dies Recht nicht ausgeschlossen. R.O.H. 22, 68.

Die Rückforderung der „abgesendeten Waaren" setzt den Nachweis der Identität des

Beanspruchten voraus; gleichgültig bleibt es jedoch, ob sie sich noch in derselben Verpackung ꝛc. befinden. Mot. 167, 168.

6) Das Rückforderungsrecht besteht und ist geltend zu machen, zunächst ohne Rücksicht darauf, ob der Verwalter den Vertrag erfüllen will oder nicht. Diesem steht jedoch das Recht zu, den Vertrag selbst zu erfüllen, und dessen Erfüllung vom anderen Theile zu verlangen. Thut er dies, so beseitigt er dadurch die Rückforderung. Anm. 4 zu § 35. Will der Verwalter nicht erfüllen, so bleibt das Rückforderungsrecht als Ausnahme vom § 21 in Kraft. Im Uebrigen ist maßgebend, daß gültige Verträge an sich und auch für die Anwendbarkeit des § 15 durch die K.Eröffnung nicht in ihrem gesammten Bestande aufgehoben sein sollen und daß auch das Verfolgungsrecht des § 36 Abs. 1 nicht eine Auflösung des ganzen Kaufgeschäfts herbeiführen soll. Der Verkäufer behält also seinen Anspruch auf Entschädigung (entsprechend dem englischen Rechte). „Der Verkäufer soll nur — einem Vindikationsberechtigten gleich — stets befugt sein, seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigenthum nicht aufgegeben hätte." Mot. 168. Für das Verhältniß des Absenders zur K.Masse, worüber § 36 allein bestimmt, wird also die Erfüllung ex tunc, bis zur Absendung zurückwirkend ungültig. Ueber die juristische Natur der Klage vgl. nachsteh. Anm. 6 Abs. 3. (Der E. I. § 41 ging abweichend von der Auffassung aus, daß der Verkäufer durch Ausübung des Verfolgungsrechts vom Vertrage abgehen könne, als wenn derselbe nicht geschlossen wäre, versagte ihm also (gleich dem französ. Rechte) jeden Entschädigungsanspruch und erklärte nur statt des jetzigen Abs. 2 die Rückforderung für ausgeschlossen, wenn der Verwalter die Verbindlichkeiten des G.Schuldners aus dem Kaufgeschäfte vollständig erfüllt. Mot. v. 1873 S. 216).

Dadurch, daß die Waaren nach der K.Eröffnung dennoch in den Gewahrsam des Verwalters gekommen sind, wird das Rückforderungsrecht nicht beseitigt. Für diesen Fall ist es vielmehr gerade bestimmt. Der Absender muß sein Recht, wenn es nicht anerkannt wird, durch Klage verfolgen. Nach den Vorschriften der C.P.O. kann er Arreste und einstweilige Verfügungen veranlassen; nach den Grundsätzen über Frachtgeschäfte richtet es sich, ob er sonstige Mittel anwenden kann, um die Auslieferung der Waaren zu hindern. — Die durch Ausübung des Rückforderungsrechts bedingten Kosten hat der Rückforderer zu tragen; er hat jedoch dafür, wie für seine sonstigen Forderungen bei Zurücknahme der Waaren den Entschädigungsanspruch als K.Forderung. Mot. 168.

Hinsichtlich des Verhältnisses zu Dritten hat die K.O. nichts regeln sollen. Sie bestimmt nur, daß im Falle der Nichterfüllung des Verwalters das Besitzrecht des G.-Schuldners für sein Verhältniß zum Absender fortfällt, und es ist dann nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, welchen Einfluß dies auf Dritte hat, die das Objekt erworben haben oder in Rechtsbeziehungen hinsichtlich desselben getreten sind. Prot. 33. Die Mot. bemerken darüber: So wie gegenüber dem G.Schuldner, findet das Rückforderungsrecht auch gegen Dritte statt, welche ihre Ansprüche auf das Eigenthum des G.-Schuldners als dessen Käufer, Pfandgläubiger u. s. w. gründen. Das Eigenthum des G.Schuldners wird hinfällig. Soweit aber trotzdem das H.G. und das bürgerliche Recht für einen Dritten ein Recht, z. B. ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Pfandrecht gegenüber dem fremden Eigenthümer aufrecht erhält (vgl. H.G. Art. 306 Abs. 2, 3), insoweit ist der Dritte auch gegen das Rückforderungsrecht gesichert. Wenn der G.Schuldner oder der Verwalter die Waaren an einen Dritten veräußert haben, dieselben aber noch in der Masse und nicht im Besitze des Dritten sind, so wird das Rückforderungsrecht dadurch nicht gehindert, falls nicht der Verwalter den Vertrag mit dem Rückforderer etwa erfüllen will. Der Dritte mag Entschädigungsansprüche an die K.Masse oder auch unter Umständen auf Grund des Konossements (H.G. Art. 649) bez. der sonstigen Transporturkunden, Eigenthumsansprüche gegen den Rückforderer machen. Befinden sich die Waaren

schon im Besitze des Dritten, „so ist es Sache des Verkäufers, seine Vindikation gegen diesen zu richten" auf Grund der Thatsache, daß der Dritte von einem Nichteigenthümer gekauft hat, sofern gegen den Dritten nach dem bürgerlichen Rechte und der Sachlage ein solcher Anspruch begründet ist. (Abweichend E. I. § 41. Mot. v. 1873 S. 217—219). So die Mot. 169, 170. — Die juristische Konstruktion des Verhältnisses in dieser Erörterung der Mot., als wenn auch gegenüber allen Dritten der G.Schuldner Nichteigenthümer ex tunc sei, ist allerdings bedenklich und hat jedenfalls im Gesetze, welches das Verhältniß zu Dritten nicht normirt, keinen Ausdruck bekommen. Auch die Natur der Klage gegen den Verwalter als einer Vindikation ist im Gesetze nicht ausgedrückt. Diese Klage ist vielmehr begrifflich eine rescissorische Klage auf Rückgängigmachung des Eigenthums- bez. Besitzüberganges. Dieser Natur entsprechend ist der Anspruch gegen einen Dritten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur geltend zu machen, wenn der Dritte als Theilnehmer an einem Betruge das Gut vom G.Schuldner erworben hat. Hullmann S. 165 ff.; Wengler S. 271; Goldschmidt Handelsr. § 82 S. 869 ff; Fuchs S. 58. Für die Fälle des redlichen Erwerbs eines Dritten hinsichtlich der Sache selbst oder eines Pfandrechts daran im Handelsverkehr fällt es nach H.G.B. Art. 306 jedenfalls fort. Der Spediteur behält an den ihm zugekommenen Waaren auch gegenüber einem begründeten Verfolgungsanspruch sein gesetzliches Pfandrecht aus Art. 382 H.G.B., desgleichen ein ihm außerdem etwa rechtsverbindlich eingeräumtes vertragsmäßiges Pfandrecht, wie aus Art. 306 folgt; dagegen hat der vom Destinatär (G.-Schuldner) bestellte Spediteur, soweit er nicht als selbstberechtigter Pfandgläubiger desfallsige Rechte geltend machen kann, dem Verfolgungsberechtigten gegenüber kein Retentionsrecht wegen anderer Forderungen an den G.Schuldner, da er gegen Dritte nicht mehr Rechte haben kann, als sein Autor, der G.Schuldner. R.O.H. 6, 298; 10, 70; 12, 394; 24, 345. Vgl. dies. Entscheidungen zugleich in Betreff der Anwendbarkeit der Landesrechte rücksichtlich ausländischer Schuldner.

Ueber das Verhältniß dessen, welcher das Verfolgungsrecht ausübt, gegen seinen Bürgen für das Kaufgeschäft vgl. R.O.H. 20, 383.

§ 37.[1)]

Die Ehefrau[2)] des Gemeinschuldners[3)] kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen,[4)] wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln[5)] des Gemeinschuldners[6)] erworben sind.[7)]

E. I. 42—45. P. 88—92. 94.

1) Ueber die Anwendbarkeit des § 37 auf Eigenthum, welches eine Ehefrau schon vor der Gesetzeskraft der K.O. erworben hat, vgl. Anm. 1 zu E.G. § 9. — Das römische Recht hatte die Ehefrau gegenüber den Gläubigern ihres Mannes begünstigt. Das deutsche Recht läßt sie hinter die Gläubiger völlig zurücktreten; die gleiche Richtung verfolgt das französische Recht. Unsere Deutsche K.O. will die Frau rechtlich einem jeden andern Gläubiger gleichstellen. Sie soll nicht besser gestellt werden, wie andere Gläubiger und die K.O. versagt ihr deshalb für ihre Forderungen im Konkurse jedes Vorrecht (§ 54, vgl. E.G. § 13). Sie soll rechtlich auch nicht schlechter gestellt werden und was sie nach dem ehelichen Güterrechte zu fordern hat, auch im Konkurse fordern können. Sie wird als Fremde behandelt, indeß doch als verdächtige, weil die unvermeidliche thatsächliche Vermischung des beiderseitigen Vermögens und die Schwierigkeit der Unterscheidbarkeit für einen Dritten leicht Täuschungen der Gläubiger hinsichtlich der Bestandtheile des Vermögens und der Kreditwürdigkeit des Mannes sowie Begünstigungen der Ehefrau herbeiführen können. Als Mittel gegen die hieraus möglichen Gefahren für die Gläu-

biger giebt die K.O. ihre Vorschriften über die Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte unter Eheleuten in den §§ 24 Nr. 2, 25 Nr. 2 und über den von der Frau verlangten strengen Erwerbsnachweis und dessen Inhalt im § 37.

a. Die Vorschrift des § 37 ist die einzige Konkursvorschrift hinsichtlich des Aussonderungsrechts der Ehefrau. Sie gilt für alle Civilrechte, welches eheliche Güterrechtssystem auch gesetzlich oder vertragsmäßig unter den Eheleuten bestehen mag; jedoch nur für den Fall des Konkurses. Darüber, was sie im Konkurse zu fordern hat, entscheidet das bürgerliche Recht hinsichtlich des von ihr vor der Ehe Erworbenen unbedingt, da § 37 diesen Erwerb nicht berührt; dagegen hinsichtlich des Erwerbs während der Ehe mit der Beschränkung des § 37. Aufgehoben sind andererseits die im Landesrechte getroffenen Ausnahmevorschriften über dasjenige, was die Frau im Konkursfalle abweichend vom sonstigen allgemeinen Rechte als ausgesondert fordern kann. Der in Anm. 1 zu § 35 für alle Aussonderungsrechte erörterte Grundsatz gilt auch hier aus denselben Gründen. Aufgehoben und unzulässig sind sonach landesgesetzliche Vorschriften, welche ein nach den sonstigen allgemeinen Grundsätzen zustehendes Eigenthum der Frau für den Konkursfall verneinen, oder ein nach allgemeinen Grundsätzen ihr nicht zustehendes Eigenthum für den Konkursfall einräumen. Aufrecht erhalten bleiben dagegen landesgesetzliche Vorschriften 1) über den Einfluß des Konkurses auf die Beendigung der Verwaltungs- oder sonstigen Vermögensrechte zufolge des Vorbehalts im § 20, vgl. Anm. 8 zu § 25; 2) über den Nießbrauch, welcher dem G.Schuldner am Vermögen seiner Frau während des Konkurses zusteht, in Folge des Vorbehalts im § 1 Abs. 2, vgl. Anm. 3 zu § 1; ferner 3) die von der K.O. überhaupt nicht betroffenen Vorschriften über den Einfluß des Konkurses nach beendigtem Konkurse.

Nach seiner Stellung im Systeme betrifft § 37 nur die Aussonderung, also Ansprüche im Sinne der Anm. 2 zu § 35, nicht obligatorische K.Forderungen gegen den G.Schuldner. Dafür, was als auszusonderndes, vindicirbares Eigenthum der Frau zu gelten hat und was sie nur als persönliche Forderung (hier also K.Forderung) — oder überhaupt nicht — beanspruchen kann, geben die allgemeinen Rechtsgrundsätze Auskunft, welche für den Fall einer sonst erforderlichen Sonderung des Vermögens, insbesondere bei einer Trennung der Ehe bestimmen. Die Bestimmungen, welche, abgesehen von einem K.Verfahren, nach den Systemen des Civilrechts hinsichtlich des Eigenthumserwerbs für die Ehefrau bestehen, bleiben für die Frage: „was zum Eigenthum der Frau gehört", auch hinsichtlich der Vindikation im Konkurse maßgebend. Die Ehefrau ist befugt, dasjenige, was sie außerhalb des Konkurses nach dem Civilrecht als ihr Eigenthum beanspruchen kann, auch nach Eintritt des K.Verfahrens über das Vermögen ihres Ehemannes als ihr Eigenthum zu verfolgen. Ihre Rechte werden aber auch durch den Konkurs nicht erweitert. Sowohl in Betreff der Subrogation (res succedit in locum pretii et pretium in locum rei), als für jeden andern Erwerb ist entscheidend: erkennt das Civilrecht eines Rechtsgebiets an einem Gegenstande das Eigenthum der Ehefrau dem Manne oder seinem Gläubiger gegenüber nicht an, so ist es auch im Konkurse als ein nicht anzuerkennendes zu behandeln. Vgl. nachst. Anm. 3, 4. Ueber die Vindikationsansprüche der Ehefrau nach den verschiedenen Güterrechtssystemen vgl. für das römische Dotalrecht: Windscheid I. § 174, II. §§ 498, 503 Nr. 2, 509 Nr. 5; Mot. 171, 172; für das preuß. A.L.R. II. 1 §§ 221 ff., 231 ff., 258, 261, 265, 543 ff., 751 ff.; Einf.Ges. zur K.O. v. 8. Mai 1855 § VIII.; Ausf.Ges. v. 6. März 1879 §§ 11, 55 Nr. 1; Mot. 173, 174; für die Gütereinheit: Gerber §§ 231 Nr. 13, 232 Nr. 1; für das sächsische System des ehelichen Nießbrauchs: Sächs. Bürg.Ges. § 1685 ff., Gerber § 235; für das französ. R.: Code de com. art. 547, 550; Fallim.Ges. Art. 559, 562; Mot. 172, 173; v. Sarwey S. 236—240; Petersen S. 194, 196.

Die Civilrechte, welche eine Haftung der Frau oder ihres Vermögens für

Schulden des G.Schuldners begründen, werden für keinerlei Güterrechtssysteme durch die Bestimmungen der K.O. modifizirt. Vom gütergemeinschaftlichen Vermögen ist ein Antheil so wenig an die Frau herauszugeben, wie zur K.Masse des Mannes als dessen Alleingut zu nehmen, bevor nicht die gemeinschaftlichen Schulden berücksichtigt sind. §§ 14, 44. Vgl. nachst. Anm. 3. Am Sondergute der Frau würde ihr Eigenthum anerkannt werden müssen; die Frage, ob Gläubiger (alle oder einzelne) berechtigt sind, sich an das Sondergut zu halten, verneint weder den Eigenthumsanspruch der Frau, noch den über das Vermögen des Mannes eröffneten Konkurs. Das Sondergut ist daher aus der K.Masse auszuscheiden, und die Ansprüche von Gläubigern daran fallen außerhalb des K.Verfahrens. Der Vorschlag des E. I. § 44, den Eigenthumsanspruch des Ehegatten auszuschließen, wenn nach dem Güterrechte das gemeinschaftliche Vermögen oder das eigene des Ehegatten für die Verbindlichkeiten des G.Schuldners haftet, und ebenso den Eigenthumsanspruch der Kinder, welche mit ihm in fortgesetzter Gütergemeinschaft leben, in diesem Falle auszuschließen, ist aus diesen Gründen von der Vork. gestrichen.

b. Neben der Geltung der bestehenden Civil-Rechtssysteme stellt § 37 die Vorschrift auf: zur Beanspruchung von Gegenständen, welche sie während der Ehe erworben hat, muß sie nachweisen, „daß dieselben nicht mit Mitteln des G.Schuldners erworben sind." Ein Antrag in der R.K., den § 37 zu streichen, ist abgelehnt. Prot. 35—37. Die Verdeckung von Geschäften zwischen Mann und Frau, welche für die Gläubiger anfechtbar wären, soll vermieden werden. Bei der Unmöglichkeit seitens der Gläubiger zu ermitteln, ob und durch welche Operationen ein Vermögensstück an die Stelle eines andern getreten, ist, wie die Motive sagen, auf den „Kern" der dem römischen, preußischen und französischen Rechte gemeinsamen (?) Vermuthung zurückgegangen, daß Alles dem Manne bez. von den Mitteln des Mannes erworben sei. Der Beweis, daß der vindizirte Gegenstand nach Civilrecht als Eigenthum der Frau erworben, an sie tradirt, auf ihren Namen eingetragen ist, soll nicht genügen; die Frau muß nöthigenfalls durch Aufdeckung aller Rechtsgeschäfte vom ersten ursprüglichen Erwerbe der Mittel bis zum Erwerbe der vindizirten Sache bez. rückwärts von diesem Erwerbe bis zur Feststellung des Ursprungs die Erwerbsmittel nachweisen und feststellen, daß der Erwerb unabhängig von den Mitteln des Mannes erfolgt ist. Sie ist dazu leicht im Stande, nicht aber der Fremde bez. der Verwalter, welcher vom G.Schuldner keine unbefangene Auskunft erwarten kann. „Auch die Vindikation eines Gegenstandes, welchen die Frau mit vorgeschossenen Geldern des Mannes von Andern an sich gebracht hat, muß ihr abgeschnitten werden." In Betreff der Rechtsgeschäfte des Mannes mit seiner Frau vgl. jedoch Anm. 5. In Uebereinstimmung mit dem Prozeßprinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung, C.P.O. § 259, soll durch den Grundsatz des § 37 nicht eine Beweisvermuthung aufgestellt, und die Beweisführung und Art der Ueberzeugungsmittel in keiner Weise beschränkt sein. Umgekehrt soll der Besitz der Frau nicht eine Präsumtion für sie sein, und sie vom Beweise nicht entbinden, zumal da der Besitz unter Eheleuten keine ausschließliche Natur hat, und Veränderungen darin für Dritte nicht erkennbar sind.

Die Vorschrift des § 37 ist hier nicht, wie es scheint, eine bloße Beweisvorschrift, sondern durch den Inhalt dessen, was außer dem sonst rechtlichen Erwerb bewiesen werden muß, eine materielle Vorschrift, welche dem Verwalter sachlich ein Anfechtungsrecht gegen die Ehefrau giebt, wenn sie den Beweis nicht führt. Dies Anfechtungsrecht ist aber nur begründet in der bei Nichtführung des Beweises erfolgenden Unterstellung, daß Mittel des Mannes zum Erwerbe benutzt sind. Abgesehen hiervon wird die rechtliche Stellung der Eheleute nicht geändert. Was der Mann der Frau zum Unterhalte an Kleidern oder sonst zu geben schuldig war, ist rechtlich zu ihren Mitteln geworden, wie Alles, was sie durch ein gültiges Rechtsgeschäft von dem Manne erwarb.

Dernburg III. § 26. Vgl. nächst. Anm. 5. Andere Beschränkungen ihres Eigenthumsnachweises sind nicht in Betracht zu ziehen. Hinsichtlich der Betten, Kleidungsstücke und Leibwäsche kommt (statt Code de commerce art. 554 Abs. 1, P. § 88 Nr. 3 und Hamb. Fallitenordn. Art. 30) jetzt C.P.O. § 715 Nr. 1 und K.O. § 1 zur Berücksichtigung. Die Beschränkungen des Code de comm. art. 549, 564 und der P. § 89 fallen als Konkurs-Ausnahmevorschriften fort. Die im E. I. § 43 beabsichtigte Vorschrift, Sachen, welche den gerechten Anschein erregen, als gehörten sie dem G.Schuldner, im Interesse des Kredits in zwei besonderen Fällen für nicht vindizirbar zu erklären (Mot. v. 1873 S. 232), ist von der Vorl. beseitigt. Wiefern solche Verhältnisse für den Beweis des Erwerbs außerhalb der Mittel des Mannes von Einfluß sind, ist Sache der richterlichen Beweiswürdigung.

Der Grundsatz, daß der Vindikant an die Formen und Fristen des K.Verfahrens nicht gebunden ist (Vorbem. vor § 35), gilt auch für die Ehefrau. Eine nach Analogie der P. § 90 im E. I. § 45 aufgenommene Vorschrift, daß die Frau binnen 4 Wochen nach der K.Eröffnung ihre Eigenthumsansprüche anmelden und bei Widerspruch des Verwalters dann binnen 4 Wochen klagen müsse, widrigenfalls die Gegenstände für die K.Masse benutzt und veräußert werden könnten, ist von der Vorl. gestrichen. Mot. 172 bis 184.

2) Im E. I. § 42 war statt: „die Ehefrau" gesagt: „der Ehegatte". Die Vorschrift sollte auch gegen den Ehemann in Anwendung kommen, wenn über das Vermögen seiner Frau Konkurs eröffnet ist. Diese Ausdehnung ist im E. beseitigt; es sei nicht gerathen, den in das Volksbewußtsein übergegangenen Satz: praesumitur quod omnia sint mariti selbst hinsichtlich einer gewerbetreibenden Frau in sein Gegentheil zu verkehren. Mot. 184, 185.

3) Der Konkurs ist auch bei gütergemeinschaftlicher Verhaftung des Sammtvermögens der Ehegatten nicht über das gütergemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten zu eröffnen, sondern immer nur über das Vermögen des Ehegatten, hinsichtlich dessen die Erfordernisse des § 94 vorliegen. Sollten sie hinsichtlich beider Ehegatten vorliegen, so könnte dies nur zwei K.Verfahren veranlassen. Die K.O. setzt überall nur „den" G.-Schuldner d. h. ein einzelnes bestimmtes Rechtssubjekt und zwar eine physische Person oder eine der in den §§ 193—206 bezeichneten Gesellschaften bez. Gemeinschaften voraus und läßt nach den deutlichen Vorschriften der §§ 14, 44 hinsichtlich aller anderen vermögensrechtlichen Gemeinschaften, also einschließlich der ehelichen, die Auseinandersetzung außerhalb des K.Verfahrens fallen. Hinsichtlich der ehelichen Gütergemeinschaft sagen die Mot. 61, 183 ganz deutlich, daß dies beabsichtigt ist. S. 61 zu § 14 „bestehe die Gemeinschaft mit dem Ehegatten oder mit anderen Personen" und S. 183 zu § 37 „Konkursmasse des Ehemannes" u. s. w. Die Versuche, dies wegzudeuten, aus dem Ehepaare ein Rechtssubjekt zu konstruiren, die Mot. nur für ein System der Gütereinheit zu deuten (welche gerade S. 183 ausdrücklich von der Gütergemeinschaft unterschieden wird) und über das gemeinschaftliche Vermögen beider Eheleute nur einen Konkurs zu eröffnen und einen Verwalter zu bestellen (v. Völdernborff I. S. 403 ff.; Stieglitz S. 238 ff.), widersprechen den §§ 14, 44 und dem von der K.O. festgehaltenen Rechtsbegriffe des G.Schuldners als einzelnen Rechtssubjekts. Vgl. auch v. Sarwey S. 346, 347. Außerdem setzt eine solche Konstruktion stets voraus, daß unbedingt alles Vermögen und alle Schulden gemeinschaftlich sind und weder Sondergut, noch getrennte Schulden vorhanden sein können, was selbst bei der sog. allgemeinen Gütergemeinschaft nicht unbedingt der Fall zu sein braucht (vgl. A.L.R. II. 1 §§ 363, 385, 390) und zumal bei der Eröffnung nicht immer feststeht. Auch die praktischen Schwierigkeiten (vgl. v. Sarwey S. 233, 234) sind selbst bei der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht erheblich. Ist der Ehemann, welcher das gütergemeinschaftliche Vermögen zugleich als Vertreter seiner Ehefrau ver-

waltet, zahlungsunfähig, so zeigt sich dadurch auch die Frau als zahlungsunfähig. Zum Konkurse jedes Ehegatten gehört die (ideelle) Hälfte des Aktivvermögens und die Hälfte der Schulden. Vgl. Anm. 2 zu § 94.

Da jedes Vermögensstück vollständig für die gemeinschaftlichen Schulden haftet, so würde es, wenn thatsächlich das gesammte Vermögen zur K.Masse eines Ehegatten genommen würde, rechtlich gerechtfertigt und sachlich gleichbedeutend sein, dann auch die gemeinschaftlichen Schulden in voller Höhe zu dieser Masse anmelden und geltend machen zu lassen. Es würde demnach auch genügen, nur den Konkurs über das Vermögen des Mannes als des Besitzers und Verwalters des gemeinschaftlichen Vermögens zu eröffnen. Der K.Verwalter des Mannes hat, diesen vertretend, dann die Gesammtmasse in seine Detention zu nehmen. Der Ehefrau gebührt die ideelle Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens, aber nur desjenigen, welches nach der Befriedigung der gemeinschaftlichen Schulden übrig bleibt; und sie bekommt daher im Falle der Ueberschuldung allerdings nichts heraus. Wie außerhalb des Konkurses Klagen und Zwangsvollstreckungen wegen gemeinschaftlicher Schulden nur gegen den besitzenden Ehemann gerichtet zu werden brauchen und doch das gemeinschaftliche Aktivvermögen auf das Ganze ergreifen (Strieth. 97, 174), können auch im Konkurse des Mannes die gemeinschaftlichen Schulden in voller Höhe zum Austrage gebracht werden. Sache des Verwalters und seiner außerhalb des K.Verfahrens fallenden Verhandlung mit der Frau ist es, sich mit derselben wegen ihres Einverständnisses zu einer derartigen Behandlung, soweit sie ein gesetzliches Widerspruchsrecht hat, insbesondere wegen ihrer Einwilligung zu einem freihändigen Verkaufe von Grundstücken (vgl. Anm. 2 zu § 116), wegen ihres Sonderguts, wegen der Feststellung von Schulden, welche sie als solche bez. als gemeinschaftliche nicht anerkennen will, auseinanderzusetzen. — Soll mit Rücksicht auf das Sondergut bez. eine Zahlungsunfähigkeit der Frau über deren Vermögen der Konkurs eröffnet werden, wozu weniger bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, dagegen eher bei der Gemeinschaft der Errungenschaft bez. des Erwerbes Grund sein kann, so ist bei gleichzeitigem Konkurse über das Vermögen des Mannes durch das Gesetz auch nicht ausgeschlossen, daß, wie die Hälfte des gemeinschaftlichen Guts und das Sondergut des Einzelnen zu seinem Vermögen gehören, so auch in jedem Konkurse die Hälfte der Schulden zur Erledigung kommt. Die Auseinandersetzung wegen der Aktiv- und Passivbestandtheile zwischen den beiden Verwaltern, welche sich ebenso im Einvernehmen bez. sonst im Prozeßwege auseinander zu setzen haben, wie die Eheleute selbst, fällt dann ebenfalls außerhalb des V.Verfahrens. Vgl. Anm. 1 zu a. vorstehend und Anm. 2 zu § 94.

4) Die Gegenstände, welche die Frau überhaupt als auszusondernde in Anspruch nehmen kann, vgl. Anm. 1a, sind nach röm. Dotalrecht a) die noch in Natur vorhandenen Dotalsachen. Wenngleich sie während des Ehe- und Dotalverhältnisses Eigenthum des Mannes sind, so liegt doch schon nach Civilrecht „in dem Empfang der dos die Resolutivbedingung für den Fall der Insolvenz" und das bei jeder Auflösung der Ehe begründete Rückforderungsrecht ist keine Sondervorschrift für den Konkurs. b) Ferner sind von der Frau zu vindiziren die mit Dotalgeld angeschafften Sachen, da das römische Recht die Subrogation in dieser Beziehung anerkennt, sowie c) ihr vorhandenes freies Vermögen: die Paraphernalsachen und die mit Paraphernalgeld angeschafften Sachen. Dagegen sind die (venditionis caussa) ästimirten Dotalsachen nicht zu vindiziren. Sie werden unwiderruflich Eigenthum des Mannes; die Frau hat nur die persönliche (Konkurs-) Forderung auf den Schätzungswerth; das römisch-rechtliche Privileg, solche Sachen aus der K.Masse des Mannes zu vindiziren, fällt als aufgehobene Konkursvorschrift fort, Mot. 175; Stieglitz S. 228; Petersen S. 193. A.M. v. Sarwey S. 223, 224. Ebenso sind die zwar vorhandenen, aber rechtsgültig veräußerten Dotalsachen nicht zu vindiziren, Windscheid § 503. Soweit eine Dotalforderung begründet ist, welche nicht durch Vindi-

kation befriedigt werden kann, besteht nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den Mann, also eine K.Forderung. Die praesumtio muciana, daß der Erwerb der Frau während der Ehe von dem Manne herrühre, bleibt in Kraft; indeß auch wo sie im konkreten Falle widerlegt oder nicht anwendbar ist, muß die Frau den Beweis nach § 37 führen. Die Frage, ob und wieweit die Frau selbst für Schulden haftet, ist eine besondere, von ihrem Rechte auf Vindikation aus dem Konkurse zu trennen und fällt außerhalb desselben. Anm. 1a.

Für das System getrennter Güter des preuß. A.L.R. sind die bisher geltenden Konkursvorschriften der preuß. K.O. v. 8. Mai 1855 §§ 88—93 mit ihren weitergehenden Beschränkungen der Vindikationsbefugnisse der Frau durch § 55 Nr. 1 Ausf.Ges. vom 6. März 1879 aufgehoben. Es kommen also lediglich die Vorschriften des A.L.R. zur Anwendung, welches für die Vindikationsbefugniß keine gegenüber der K.O. aufgehobene Konkurssondervorschrift enthält, sondern auf die „Konkursordnung" bez. die „Gesetze" betreffs der Vorrechte verweist. II. 1 §§ 241, 242, 259. Die Frau kann darnach vindiziren: a) die vorhandenen Sachen, welche zu ihrem (gesetzlich, vertragsmäßig oder nach letztwilliger Verfügung oder Bestimmung Anderer) vorbehaltenen Vermögen gehören, II. 1 §§ 206 ff., 345 ff. Die Vorschrift des § 216, daß die gesetzlich „eingebrachten" Grundstücke und Kapitalien, welche während der Ehe vertragsmäßig zu vorbehaltenen gemacht werden sollen, auf den Namen der Frau geschrieben sein müssen, hat nur Bedeutung zur Sicherung der Eigenschaft des Vorbehaltenen gegen Dritte, nicht gegen den Ehemann und nicht gegen die Gläubiger des Mannes, welche nur dessen Rechte geltend machen können. Entsch. 48, 174; Strieth. 48, 73. Die Frau kann ferner vindiziren, b) die aus den Ersparnissen des vorbehaltenen Vermögens bez. den Einkünften eines besonderen Gewerbes erworbenen vorhandenen Sachen nach den näheren Bestimmungen der §§ 218, 219, 220, vgl. Strieth. 24, 199; 46, 167; c) die vorhandenen und nicht gültig veräußerten Sachen ihres sonstigen eingebrachten Vermögens §§ 205, 231 ff., 258, 261, 544, 548—617; d) die dafür angeschafften, vorhandenen Sachen, §§ 539 ff., Strieth. 60, 150, — nicht die dem Manne verkauften, wohl aber die nur nach einem Anschlage eingebrachten Mobilien, §§ 563 ff.; ferner die aus dem eingebrachten Vermögen angeschafften Grundstücke, Gerechtigkeiten und Kapitalien nur, sofern sie auf den Namen der Frau geschrieben sind, §§ 240, 551—553, die auf den Namen beider Eheleute geschriebenen zur Hälfte, wenn nichts Anderes erhellt, § 557, Entsch. 20, 250, Strieth. 4, 274; wobei jedoch auch dann, wenn sie auf den Namen der Frau geschrieben sind, der Beweis gemäß § 37 K.O. zu führen ist, vgl. Strieth. 38, 167. Im weiteren Umfange war in der K.O. v. 8. Mai 1855 § 88 Nr. 2 noch für die Vindikationsbefugnisse der Ehefrau im Konkurse hinsichtlich der vor der Ehe besessenen, oder während derselben durch Schenkung, Erbschaft oder Glücksfälle oder mit vorbehaltenem Vermögen erworbenen Vermögensobjekte ein allgemeines Subrogationsrecht der aus solchem Vermögen angeschafften Sachen neben der Ausschließung bez. Einschränkung der Vindikation für anderes Vermögen eingeführt. Dies Subrogationsrecht ist durch das Ausf.Ges. v. 6. März 1879 § 55 ebenfalls aufgehoben. Dasselbe durch Aenderung des bürgerlichen Rechts zu ersetzen, ist absichtlich unterlassen. Ein Bedürfniß dafür sei nicht vorhanden, da die Vorschrift des A.L.R. II. 1 § 211: „Was die Frau in stehender Ehe erwirbt, erwirbt sie der Regel nach dem Manne" nicht wörtlich anzuwenden ist, sondern nach allgemeiner Rechtsprechung sich nur auf dasjenige bezieht, was die Frau durch besonderes Gewerbe und durch eigene schaffende Thätigkeit erwirbt, Entsch. 52, 145, Strieth. 66, 190 und da außerdem die Vorschrift auch in dieser Beziehung durch die §§ 219, 220 eingeschränkt ist. Sonstiger Erwerb der Frau bleibt also ihr Eigenthum und nach obigen Grundsätzen vindizirbar. Vgl. Mot. zum Ges. v. 6. März 1879 S. 50, 51. — Die speziell für den Fall des früheren Todes der Frau, also nicht bei jeder

Auflösung der Ehe, in den §§ 570 ff. dem Manne zustehenden Befugnisse stehen dem K.Verwalter des Mannes gegenüber der lebenden vindizirenden Ehefrau nicht zu.

Die Vindikationsbefugnisse der Ehefrau nach dem sächs. Systeme des ehelichen Nießbrauchs sind durch die K.O. nicht berührt, vgl. v. Sarwey S. 224—226. — Ueber das französ. Recht vgl. v. Sarwey S. 236—240; Petersen S. 194, 196. Ueber die Anwendung des § 37 betreffs des Sonderguts bez. (der der Frau zustehenden Hälfte) des Gemeinschaftserwerbs bei der Gemeinschaft der Errungenschaft vgl. insbesondere für Württemberg: Stieglitz S. 228—238; v. Sarwey S. 234—236, 250; Mandry S. 230.

Sofern die Ehefrau außer dem zu Vindizirenden noch sonst von dem Manne Vermögen, Sachen, Geld oder Geldeswerth zu beanspruchen hat, hat sie dafür als persönliche Gläubigerin nur eine K.Forderung, soweit sie nicht auch ein Absonderungsrecht nach §§ 39 ff. dafür hat.

5) Während in den Anm. 1a, 3, 4 bemerkt ist, unter welchen civilrechtlichen Voraussetzungen ein Aussonderungsrecht der Ehefrau im Konkurse überhaupt nur begründet sein kann, erfordert § 37 für einen Erwerb der Frau während der Ehe, den nach Vorstehendem gültigen Erwerb selbst vorausgesetzt, noch außerdem den von der Ehefrau zu führenden Beweis, daß sie nicht mit Mitteln des G.Schuldners erworben hat. Auf den Erwerb während der Ehe und auf die Inanspruchnahme des Aussonderungsrechts beschränkt, gilt innerhalb dieser Grenzen die Beweisregel unbedingt. Die Parteirolle begründet keinen Unterschied; auch als Beklagte muß die Frau den Beweis führen. Wenn der Verwalter den Streitgegenstand besitzt, wird die Frau klagen müssen; das Bestreiten des Rechts seitens des Verwalters genügt, um sie zum Beweise zu zwingen. Besitzt die Frau, so wird der Verwalter klagen müssen. Beiden Theilen steht der Weg der Feststellungsklage nach § 231 C.P.O. frei. Auch der Besitz begründet keinen Unterschied; ebenso nicht die dem Besitze gleichzustellende formelle Eintragung von Grundstücken oder Forderungen auf den Namen der Frau, — unbeschadet der aus solcher Eintragung oder dem Besitze hervorgegangenen, oder sonst rechtsgültig konstituirten Rechten Dritter. Im E. I. § 42 war für alle vindizirten Objekte der verlangte Nachweis dahin formulirt: daß der Ehegatte den Gegenstand schon vor der Ehe besessen oder nach Eingehung der Ehe nicht mit Mitteln des G.Schuldners erworben hat. Die Vork. hat diese Redaktion geändert. Hinsichtlich der Frage, ob, wieweit und unter welchen Umständen der Besitz vor der Ehe zum Nachweise des Rechts dienlich ist oder ausreicht, soll keine Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen stattfinden.

Der Nachweis muß einen Erwerb mit „Mitteln" des Mannes als ausgeschlossen darlegen. Mittel des Mannes — ein bisher nicht als juristischer, sondern als volkswirthschaftlicher üblicher Begriff — bedeuten nach dem Gedanken und dem Zwecke des Gesetzes alle Sachen und Vermögensrechte, welche für den Mann in seinem Verhältnisse zur Ehefrau als sein Vermögen zu gelten haben, also auch die ihm in Folge des Nießbrauchs zustehenden Einkünfte aus ihrem Vermögen, sowie die Belohnung seiner Thätigkeit. Mit seinen Mitteln ist erworben, wenn eine Verminderung seines Vermögens das Mittel war, seiner Frau zu erwerben. Ob die gezahlten Geldstücke gerade Eigenthum des Mannes waren, ist dabei unerheblich. Wenn er ihr die Gelder schuldete oder die Sache anzuschaffen verpflichtet war z. B. zum Unterhalt, so hat er sein Vermögen nicht vermindert, sondern nur seine Schuld bezahlt. Andererseits ist mit seinen Mitteln auch dann erworben, wenn das Erwerbsmittel darin bestand, daß er sich persönlich verpflichtete, wenngleich noch ohne zu zahlen. Dernburg III. § 26. In den Fällen, worin der Zusammenhang der Mittel und des Erwerbs nicht ohnehin bez. unter direkter oder analoger Anwendung der Grundsätze über nützliche Verwendung klar ist, insbesondere auch da, wo der Zusammenhang durch Betheiligung Dritter verdeckt ist, indem ein

Dritter von dem Manne und die Frau von dem Dritten erwarb, — die gewöhnliche Art der Umgehung solcher Vorschriften, — hat das Prozeßgericht über diese Thatfragen nach freier Thatsachenwürdigung, C.P.O. § 259, zu entscheiden. — Hat sie mit Mitteln ihres Mannes erworben, ihm jedoch vor der K.Eröffnung die verwendeten Mittel erstattet, so ist dadurch der Erwerb mit seinen Mitteln beseitigt.

Mit welchen anderen Mitteln und ob sie mit ihren Mitteln erworben hat, ist einflußlos. Hat sie die Mittel von Anderen, als von ihrem Manne erhalten, so schadet es ihrem Eigenthumsanspruche nicht, wenn sie denselben den Betrag der Mittel noch schuldig ist.

Einem gültigen Erwerb der Frau durch Rechtsgeschäfte mit dem Manne steht § 37 nicht entgegen. Zunächst ist es Thatfrage, welches Rechtsgeschäft wirklich geschlossen ist. Wenn ihr der Mann etwas schenkte (oder ihr Vermögen zurückgewährte bez. sicherstellte, § 25 Nr. 2), so hat sie nicht mit den Mitteln des Mannes, sondern durch ein Rechtsgeschäft von ihrem Manne erworben. Hierfür ist § 37 nicht anwendbar. Soweit civilrechtlich Schenkungen unter Eheleuten gültig (Preuß. A.L.R. II. 1 §§ 310 ff.) und nicht nach § 25 anfechtbar sind, bleiben sie wirksam. In dieser Beziehung ist § 25 sedes materiae. Was sie mit gültig geschenkten Mitteln erwarb, hat sie mit ihren Mitteln erworben. Mot. 180. Prot. 37, 38, 149. Vgl. P. § 88 Nr. 1. — Auch andere Rechtsgeschäfte der Ehefrau mit dem Manne, als unanfechtbare unentgeltliche Verfügungen bez. Zuwendungen aus ihrem eigenen Vermögen, also entgeltliche Verträge der Eheleute (vgl. § 24 Nr. 2) sind, wenn rechtsgültig und nach §§ 22 ff. nicht anfechtbar, ein zulässiger Erwerbsgrund für die Frau. Vorbehalten bleibt natürlich auch hier, daß der K.Verwalter die Ernstlichkeit des Vertrages bestreitet, und abgesehen davon, daß die Gültigkeit jedes Vertrages allgemein auch außer den §§ 22 ff. aus civilrechtlichen Gründen z. B. Simulation angefochten werden kann, hat die Frau auch für den Vertrag mit dem Manne nach § 37 zu beweisen, daß das dem Manne gegebene Entgelt nicht aus seinen Mitteln gegeben ist. Sie soll sowenig vom Manne als von Anderen mit den Mitteln des Mannes zum Nachtheil der Gläubiger erwerben und § 37 unterscheidet darin hinsichtlich der Beweislast nicht. Hat sie mit anderen Mitteln gültig und unanfechtbar durch ein Rechtsgeschäft von dem Manne erworben, so gehört das Erworbene dann zu ihren Mitteln.

6) Hat die Frau theilweise mit Mitteln des Mannes erworben, so ist zu unterscheiden. Ist das Objekt theilbar, so wird ihr allerdings ein aliquoter Theil des Gegenstandes bez. des Erlöses zuzuerkennen sein, soweit sie nicht mit Mitteln des Mannes erwarb. Prot. 38. Ist das Objekt untheilbar, so soll es nach Hagens Prot. 38 „Sache der Interpretation sein, ob der Eigenthumsanspruch der Frau ausgeschlossen sei." Den gewöhnlichen Fall vorausgesetzt, daß die Frau das ganze Objekt für sich erwerben wollte, so kann sie dies für ein untheilbares Objekt nicht erreichen, wenn die Mittel dazu theilweise die des Mannes waren. Sie kann vielmehr den Beweis nach § 37 nicht führen, wenn sie auch nur theilweise mit Mitteln des Mannes erwarb. Sofern nach dem bürgerlichen Rechte ein ideelles Miteigenthum möglich ist, hat sie nur ein solches mit ihrem Manne, und zwar nach Verhältniß der verwendeten Mittel. Dabei ist anzunehmen, daß sie in der Absicht das Ganze zu erwerben, wenigstens das ideelle Miteigenthum erwerben wollte, da sie in Folge des Gesetzes der Konkursmasse des Mannes den übrigen ideellen Antheil nicht entziehen kann. Vgl. A.L.R. I. 17 §§ 8, 2. Entsch. 26, 296; 41, 137. Sofern ein ideelles Miteigenthum nicht möglich ist, also weder reelle noch ideelle Theilung stattfinden kann, kann sie nach § 37 ein Aussonderungsrecht nicht nachweisen und hat dann nur einen Entschädigungsanspruch als K.Forderung, soweit ihre Mittel zu Gunsten des G.Schuldners bez. der Masse verwendet sind. So auch Petersen S. 197; v. Völderndorff I. S. 407. Abweichend will v. Sarwey S. 253 das Eigenthum der Frau zusprechen, wenn nur ein verhältnißmäßig unbedeutender Theil des Aufwandes — nach

dem Ermessen des Richters — aus den Mitteln des Mannes genommen ist. Zu einem solchen Ermessen ertheilt das Gesetz keine Befugniß. Dernburg III. § 26 Anm. 7 erklärt allgemeiner für entscheidend, von wem der größere Theil der Mittel herkommt; das Gesetz zwingt indeß den Antheilnehmer des kleineren Theils nicht, sein Recht zu Gunsten des Andern aufzugeben.

7) Der Nachweis kann nach der Natur der Sache nur dadurch geführt werden, daß die Frau positiv beweist, welche Mittel zum Erwerbe verwendet sind. Nach der Konstruktion des Beweisverfahrens der C.P.O. genügt es nicht, wenn die Frau zur Führung des Nachweises die allgemeine Behauptung: sie habe die Sachen nicht mit den Mitteln des G.Schuldners erworben, aufstellen und hierüber Zeugen benennen oder den Eid zuschieben wollte. Dies ist keine Thatsache im Sinne der C.P.O. §§ 338, 410, 415, 437, worüber Zeugenvernehmung oder Eidesleistung zulässig wäre, sondern eine Schlußfolgerung, deren Vorderglieder daher so nachzuweisen sind, daß der Prozeßrichter diesen Schluß als begründet anzuerkennen hat.

§ 38.

Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können,[1] vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräußert worden,[2] so ist der Aussonderungsberechtigte befugt,[3] die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen.[4] Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist.[5]

E. I. 46. P. 23. 25. 28. 44.

1) In den §§ 35—37 ist vorausgesetzt, daß die verlangten Gegenstände sich noch in der Masse unveräußert befinden und „aus der Masse", § 35, gewährt werden können. Im § 38 wird den Berechtigten, welche, wenn dies der Fall wäre, einen Aussonderungsanspruch hätten, ein (beschränkter) Masseanspruch für den Fall einer Veräußerung dann gegeben, wenn entweder der Verwalter veräußerte, oder wenn der G.Schuldner vor der K.Eröffnung veräußerte. Vorausgesetzt ist dabei, daß die Veräußerung eine Verletzung des Aussonderungsrechts enthält, also eine dem Aussonderungsberechtigten gegenüber rechtswidrige ist. Wenn dieser sie rechtsverbindlich genehmigt hat oder ihr gesetzlich nicht widersprechen kann, weil der G.Schuldner etwa kraft ehemännlicher oder väterlicher Gewalt die Sachen seiner Frau oder seiner Kinder veräußern durfte, so ist er nicht mehr ein „Aussonderungsberechtigter", welchem allein die Befugnisse aus § 38 gegeben sind; seinem Aussonderungsrechte würde vielmehr auch dann, wenn sich die Sachen noch in der Masse befinden, entgegengesetzt werden können, daß er sich die erfolgte Veräußerung gefallen lassen muß.

Die Gewährung des Masseanspruchs aus § 38 ist in beiden Fällen dadurch bedingt, daß die Gegenleistung noch ausstehen oder nach der K.Eröffnung zur Masse eingezogen sein muß. Sie hat für den Fall der Veräußerung des K.Verwalters ihren Grund darin, daß die Masse sonst rechtlos bereichert würde; und der gleiche Grundsatz ist aus Billigkeitsgründen auch für den Fall angenommen, daß der G.Schuldner veräußert hat, wo also nach strengem Rechte nur eine K.Forderung vorliegen würde. Mot. 185, 186. In beiden Fällen ist das rechtlose Haben, welches auch für den letzteren Fall nach § 38 ein rechtloses sein soll, der Rechtsgrund des Anspruchs, § 52 Nr. 3. Der Anspruch ist sonach ein persönlicher (condictio sine causa), nicht ein Vindikations=

recht und nicht Folge einer Subrogation der Gegenleistung an Stelle des veräußerten Gegenstandes. Er ist deshalb auch entsprechend auf das Maß der noch vorhandenen Bereicherung beschränkt.

Der § 38 ist für Alle anwendbar, welche nach §§ 35—37 aussonderungsberechtigt sind. Auch der Begriff der „Gegenstände" ist in der allgemeinen Bedeutung der Anm. 2 zu § 35 zu verstehen und § 38 findet auf alle Fälle Anwendung, in welchen, wenn die fremde Sache oder Forderung noch nicht veräußert wäre, ihre Herausgabe oder Abtretung vermöge des Aussonderungsrechts gemäß §§ 35—37 aus der K.Masse verlangt werden kann. Mot. 187. Vgl. Präj. d. Obertr. Nr. 224 a., R.H.H. 9, 232. Die einschränkende Auslegung der P. in Strieth. 74, 158 beruht auf der für § 35 hier nicht zulässigen Beschränkung des Aussonderungsrechts auf körperliche Sachen unter Ausschluß von Forderungen. Vgl. Anm. 2 b zu § 35. Ueber die Anwendbarkeit des § 38 auf alle nach der Gesetzeskraft der K.O. eröffneten Konkurse vgl. Anm. 1 zu E.G. § 9.

2) Die Veräußerung sowohl seitens des G.Schuldners vor der K.Eröffnung, als auch seitens des Verwalters nach der K.Eröffnung ist gemäß dem allgemeinen Begriff einer Veräußerung verstanden; sie muß aber eine entgeltliche sein, da eine Gegenleistung vorausgesetzt ist. Ob die Veräußerung mit oder ohne Kenntniß der Rechte des Dritten erfolgte, begründet für die Anwendung des § 38 keinen Unterschied. Die sonstigen Ansprüche des Dritten aus einer wissentlichen oder unwissentlichen Verletzung seiner Rechte werden durch § 38 nicht beseitigt. — Die Einziehung einer fremden Forderung ist an sich begrifflich nicht eine Veräußerung, da dem Berechtigten seine Forderung gegen seinen Schuldner bleibt; sie ist jedoch für den unbefugten Erhebenden ebenfalls eine rechtlose Bereicherung.

Ob die Veräußerung des G.Schuldners unmittelbar seitens desselben oder seitens seines Vertreters erfolgte, ist unerheblich. Wenn die Nachlaßbehörde verkauft, so thut sie dies an Stelle des G.Schuldners; gelangt der Kauferlös zur Nachlaßmasse und wird nachher erst Konkurs eröffnet, so ist § 38 nicht anwendbar. Vgl. Entsch. 66, 299; Strieth. 86, 25. Auch wenn die Veräußerung durch Zwangsversteigerung erfolgte, ist sie nach dem Systeme der C.P.O. in Vertretung des Schuldners erfolgt (vgl. Anm. 2 zu § 28) und bleibt § 38 anwendbar. Soweit hinsichtlich der durch denselben betroffenen ausstehenden Gegenleistung bez. des Erlöses die Rechte Dritter, namentlich des Exekutionssuchers auf abgesonderte Befriedigung in Betracht kommen, sind die §§ 690, 710 C.P.O. zu beachten.

3) Kann der Berechtigte nach der Veräußerung die Sache vom Dritten fordern, so behält er dies Recht. Die desfallsigen civilrechtlichen Bestimmungen sollen durch § 38 weder beschränkt noch erweitert sein. Mot. 185. Vorb. 1 zu Buch I. Der Berechtigte hat das Recht aus § 38 neben seinen sonstigen civilrechtlichen Befugnissen. Der Verwalter kann seine Verpflichtung aus § 38 nicht durch Verweisung auf die möglichen Rechte gegen Dritte ablehnen. Hat jedoch der Berechtigte bereits den veräußerten Gegenstand von dem Dritten erhalten, so ist dadurch sein Aussonderungsrecht befriedigt und konsumirt, ein Recht aus § 38 mithin nicht mehr begründet. Hat der Verwalter die Gegenleistung nach § 38 abgetreten oder gewährt und der Berechtigte erhält nachher auf Grund seines Rechts von dem Dritten den Gegenstand (unentgeltlich), so kann der Verwalter von ihm die Gegenleistung condiziren, cond. sine causa.

Macht der Berechtigte das abgetretene Recht auf die Gegenleistung geltend, so genehmigt er dadurch die Veräußerung.

4) Der Berechtigte kann die Abtretung des aus der Veräußerung begründeten Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, verlangen. Der § 38 schafft hierdurch den Fall einer nothwendigen Cession. Bedarf der Berechtigte einer Cession nicht und

kann er auch ohne solche gegen den Dritten vorgehen, so bleibt er dazu berechtigt; wie die Rechte gegen Dritte überhaupt durch die K.O. nicht geändert sind. Wann der Berechtigte ohne Cession den Dritten verfolgen kann oder der Cession bedarf, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Für das gemeine Recht ist dies sehr bestritten, Anm. 8 zu § 12. Vgl. H.G.B. Art. 368 Abs. 2. Für das preuß. R. vgl. A.L.R. I. 16 §§ 46 bis 48; I. 11 § 454; I. 14 § 338; I. 18 §§ 593—597; I. 20 § 83; I. 21 § 79.

Ob eine Gegenleistung noch aussteht, und welche Rechte und Einwendungen hinsichtlich derselben der Drittschuldner oder ein Anderer geltend machen kann, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Der Aussonderungsberechtigte kann nur die Abtretung des der K.Masse zustehenden Rechts auf die Gegenleistung, soweit sie noch aussteht, verlangen, also ohne Gewährleistung der K.Masse. Vgl. den analogen Ausdruck „soweit die Forderung besteht" in C.P.O. § 736 Abs. 2. Dies folgt aus dem Rechtsgrunde der rechtlosen Bereicherung, Anm. 1. Die Masse soll nur gewähren, was zu derselben kommt oder gekommen ist, und soll sich nicht zum Schaden des Berechtigten bereichern. § 52 Nr. 3.

Der Berechtigte kann die Gegenleistung „aus der Masse" beanspruchen, ist also Massegläubiger, „soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist." Dies entspricht dem § 52 Nr. 3. Sofern eine Verschuldung des Verwalters bei einer von ihm vorgenommenen Veräußerung vorliegt, kann der Berechtigte auch einen Anspruch als Massegläubiger nach § 52 Nr. 1 geltend machen. Falls er sonst einen Anspruch geltend zu machen hat, entweder dafür, daß für die Masse bez. die ausstehende Forderung nicht der gesammte Werth berücksichtigt oder derselbe durch Ansprüche Anderer geschädigt ist, oder daß schon der G.Schuldner nach seiner Veräußerung selbst den Erlös eingezogen hat, oder für sonstige Verschuldung des G.Schuldners, so hat er nur einen Entschädigungsanspruch als K.Gläubiger.

Fünfter Titel.

Absonderung.

Die Absonderungsberechtigten (Separatisten ex jure crediti) entziehen, ähnlich den Aussonderungsberechtigten (Separatisten ex jure dominii), der K.Masse gewisse Vermögensstücke oder Theile, und brauchen nicht nothwendig persönliche Gläubiger des G.Schuldners zu sein. Die Aussonderung betrifft jedoch fremde Objekte, die Absonderung dagegen Objekte, welche dem G.Schuldner und daher an sich zur K.Masse gehören. Ueber die Begrenzung der Absonderungsrechte und über das Verfahren der abgesonderten Befriedigung sind im § 3 die allgemeinen Grundsätze gegeben. Vgl. Anm. zu § 3. Die Absonderungsansprüche sind gegen den Verwalter als den Vertreter des G.Schuldners, zu dessen K.Masse die Absonderungs-Gegenstände gehören, geltend zu machen. Die Formen und Fristen der K.O. sind hierfür, wie für die Aussonderungsberechtigten nicht maßgebend. Die Geltendmachung erfolgt außerhalb des K.Verfahrens; wird sie nicht durch gütliche Einigung erledigt, so hat der Berechtigte gegen den Verwalter zu klagen. Die Klage des Pfandgläubigers ist die gewöhnliche actio hypothecaria mit dem Gerichtsstande der C.P.O. § 25 bei unbeweglichen Sachen. Der Verwalter ist für die Beachtung der Absonderungsrechte je nach seiner Kenntniß von denselben verantwortlich. R.G. Bd. 2 S. 265, 272. Ueber die Nothwendigkeit der Genehmigung des Gläubigerausschusses, wenn ein solcher besteht, für die Anerkennung, Prozeßerhebung, Pfandeinlösung, Vergleich bez. Schiedsvertrag, wenn es sich um mehr als 300 Mark handelt vgl. §§ 121 Nr. 2, 124.

Im Tit. 5. und in den §§ 14—17 des E.G. ist festgestellt, an welchen Vermögensstücken und für welche Ansprüche ein solches Absonderungsrecht im Konkurse anerkannt wird. Die darin enthaltene Reform der namentlich im gemeinen Rechte sehr verwirrten Verhältnisse geht von den Grundsätzen aus:

Um einen Absonderungsanspruch im Konkurse zu gewähren, muß

1. die rechtliche Trennung des Gegenstandes der Absonderung von der K.Masse unabhängig vom K.Verfahren begründet sein. Denn der Konkurs bringt nur die dann schon vorhandenen Ansprüche zum Austrag. Der Gegenstand muß also zur Zeit der K.Eröffnung bereits der allgemeinen Bestimmung des Vermögens, für alle persönlichen Verbindlichkeiten des G.Schuldners zu dienen, entzogen und in einen abgesonderten Kreis und Zweck der ausschließlichen oder vorzugsweisen Verhaftung für die Forderung getreten sein;
2. die rechtliche Sonderung des Gegenstandes von der sonstigen K.Masse muß ferner Jedermann erkennbar gewesen sein, damit nicht die späteren Gläubiger ungebührlich getäuscht werden und der Kredit empfindlich verletzt wird.

Diese Bedingungen treffen zu

a. bei den Realgläubigern unter den in den §§ 14—17 E.G. bestimmten Modifikationen, §§ 39—42;
b. bei den Gegenständen einer Erbschaft, welche der G.Schuldner erwarb, hinsichtlich der Erbschaftsgläubiger, § 43;
c. für den Antheil des G.Schuldners an einem Gemeinschaftsvermögen hinsichtlich der Gemeinschaftsgenossen, § 44;
d. für Lehne, Stammgüter und Fideikommisse, welche rechtlich nicht zum allgemeinen Vermögen gehören, § 45.

Hinsichtlich der ausschließlichen Anwendbarkeit der Vorschriften der K.O. über Absonderungsrechte auf alle nach der Gesetzeskraft eröffneten Konkurse vgl. E.G. § 11 und hinsichtlich der Vorbehalte für die Landesgesetzgebung zur Bewilligung von Vorrechten für bisherige Absonderungsrechte vgl. E.G. §§ 12, 13.

§ 39.

Zur abgesonderten Befriedigung dienen die Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören,[1] insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht.

Den Umfang der Immobiliarmasse, sowie den Umfang und die Rangordnung der aus derselben zu berichtigenden Ansprüche bestimmen die Reichsgesetze und Landesgesetze.[2]

E. I. 47. P. 31. 46—71. 263. 266—271.

1) Der § 39 betrifft das Separationsrecht an Immobilien, die §§ 40 ff. das an beweglichen Gegenständen. Ueber die Bezeichnung: „Gegenstand" vgl. Anm. 2 zu § 35. Die K.O. überläßt der Reichs- bez. Landesgesetzgebung die Regelung der Befriedigung der Immobiliar-Realgläubiger, den Umfang der Immobiliarmasse, den Umfang und die Rangordnung der Ansprüche und ebenso das Verfahren, welches schon nach § 3 außerhalb des K.Verfahrens fällt und (abweichend von P.) auch nicht die Bildung einer besonderen Spezialgrundstücksmasse innerhalb des Konkurses veranlaßt. Eine materielle Regelung der betreffenden Verhältnisse, obgleich auch für die K.Gläubiger von Interesse, da das Grundstück des G.Schuldners zur K.Masse gehört, ist bei den Verschiedenheiten

der Immobiliarrechte zur Zeit für undurchführbar, und für den, sich naturgemäß vom Immobiliar-Kredit absondernden, Personalkredit weniger einflußreich erachtet. In verschiedenen Rechtssystemen ist jedoch der Umfang des „unbeweglichen Vermögens" derartig verschieden begrenzt, daß in demselben Rechtsgebiete Gegenstände allgemein oder für einzelne Beziehungen als unbeweglich gelten, für andere Beziehungen dagegen als beweglich, so z. B. in Ansehung des Eigenthumserwerbs, des ehelichen Güterrechts, der Zwangsvollstreckung. Zur Präzisirung und zur Vermeidung des Mißstandes, daß Alles, was landesrechtlich in irgend einer Beziehung als unbewegliches Vermögen angesehen wird, der Bestimmung des § 39 unterliegen würde, ist bestimmt, daß zur Immobiliarmasse hinsichtlich der Absonderungsvorrechte überall das zu rechnen ist, was „in Ansehung der Zwangsvollstreckung" als des hier entscheidenden Merkmals zum unbeweglichen Vermögen gehört. Nach C.P.O. § 757 Abs. 1, 2 bestimmt sich die Zwangsvollstreckung in das in gleicher Weise festgestellte unbewegliche Vermögen auch hinsichtlich des Verfahrens außerhalb des Konkurses einschließlich des damit verbundenen Aufgebots- und Vertheilungsverfahrens nach den Landesgesetzen. Was nicht „in Ansehung der Zwangsvollstreckung" zum unbeweglichen Vermögen gehört, unterliegt der Absonderung nach §§ 40, 41. Bestimmend ist das bürgerliche Recht des Orts der belegenen Sache. v. Savigny Bd. 8 S. 169 ff., A.L.R. Einl. § 32. Sind in demselben keine besonderen Bestimmungen darüber getroffen, welche Gegenstände „in Ansehung der Zwangsvollstreckung" zum unbeweglichen Vermögen gehören, so ist die Gleichstellung mit den Grundstücken in Ansehung der Verpfändung als des hauptsächlichsten Absonderungsgrundes auch als Gleichstellung in Ansehung der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 39 anzusehen, wie auch § 41 die hinsichtlich der beweglichen Gegenstände Absonderungsberechtigten durch Gleichstellung mit den Faustpfandgläubigern bezeichnet. — Die Bezeichnung: „Gegenstände" ist in derselben allgemeinen Bedeutung, wie im § 35 zu verstehen, vgl. Anm. 2 zu § 35.

Für Preußen bestimmt das Gesetz v. 4. März 1879 betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen, §§ 1, 23:

„§ 1. In Ansehung der Zwangsvollstreckung gehören zum unbeweglichen Vermögen außer Grundstücken diejenigen Sachen und Rechte, deren Zwangsverkauf nach den bestehenden Vorschriften in dem für den Zwangsverkauf von Grundstücken bestimmten Verfahren erfolgt.

Zu der Immobiliarmasse gehören auch diejenigen beweglichen Gegenstände, auf welche das bezüglich eines unbeweglichen Gegenstandes bestehende Pfand- oder Vorzugsrecht kraft Gesetzes sich mit erstreckt. § 23. Insoweit nach den bisherigen Vorschriften die Zwangsvollstreckung in bewegliche Gegenstände, welche zur Immobiliarmasse gehören, nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen zu erledigen ist, finden lediglich die Vorschriften der Deutschen C.P.O., des Ausf.Ges. zu derselben und des Ges. betr. die Uebergangsbestimmungen zur Deutschen C.P.O. und D. Str.P.O. über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen Anwendung." Vgl. Kurlbaum: die preuß. Subh.-Ordn. unt. d. Einflusse d. D. Justizges. und Preuß. Ausf.-Ges. Stuttgart, Werther 1879 S. 5—8. Jäkel: Ges. v. 4. März 1879; Berlin, Vahlen 1879 S. 11, 35. Für das Gebiet des A.L.R. und der A.G.O. sind daher für den Umfang der Immobiliarmasse maßgebend die Subh.-Ordn. v. 15. März 1869 § 1; Eig.-Erw.Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 30 ff.; A.L.R. I. 2 §§ 6—9; I. 20 §§ 443 ff., 475 ff., 507, 508. Zum unbeweglichen Vermögen hinsichtlich der Zwangsvollstreckung gehören danach: Grundstücke (einschließlich Windmühlen, Entsch. 52, 153); solche Schiffsmühlen und selbständige Gerechtigkeiten, welche die Eigenschaften unbeweglicher Sachen haben; verliehene Bergwerke und unbewegliche Bergwerksantheile (vgl. Ges. v. 24. Juni 1865 §§ 50, 101, 109, 228, 235; Ges. v. 22. Februar 1869); Seeschiffe und andere zur Frachtschifffahrt bestimmte Schiffsgefäße.

2) Das bürgerliche Recht — die Reichsgesetze bez. das am Orte der belegenen Sache geltende Landesrecht — bleibt maßgebend dafür, ob zur Immobiliarmasse namentlich die zur Zeit der eingeleiteten Zwangsvollstreckung schon abgesonderten, aber noch unveräußert im Besitze des G.Schuldners befindlichen Früchte gehören, wie im Gebiete des preuß. A.L.R. (I. 20 §§ 475 ff., 507, 508. P. § 267, Ges. v. 5. Mai 1872 § 30); oder nicht, wie am Rhein, in Sachsen und Bayern (Code civil art. 689; Subhast.-Ordn. f. d. preuß. Rheinprov. v. 1. August 1822 § 8; Sächs. B.G. § 414; Bayer. Hyp.-Ges. § 33); ob Feuerversicherungsgelder von dem dinglichen Hypothekenrechte befreit sind (Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 30) oder ergriffen werden; ebenso für welche Ansprüche, in welchem Umfange und in welcher Rangordnung eine abgesonderte Befriedigung verlangt werden kann (Preuß. K.O. v. 8. Mai 1855 §§ 46—71, 416—420), insbesondere auch, ob bei Bergwerken und Bergwerksantheilen, soweit sie zur Immobiliarmasse gehören, den Gewerkschaften wegen der Zubuße ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der Kuxe des Gewerken zusteht (hinsichtlich der §§ 130, 131 preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 in Entsch. 73, 219; 82, 45; Strieth. 100, 86 verneint; jetzt auch vom Reichsgerichte 15. Januar 1881, Wallmann Zeitschr. für preuß. R. S. 646.) — Die Bezugnahme des Abs. 2 auf die Reichsgesetze ist zur Zeit nur „eine Anweisung auf die Zukunft", da die bisherigen Reichsgesetze noch nichts hierüber bestimmen. Insoweit es sich um vorzugsweise Befriedigung aus der Immobiliarmasse handelt, entscheidet das Landesrecht ohne Rücksicht auf die sonstigen, namentlich auf die für Absonderungsansprüche an beweglichen Gegenständen geltenden Grundsätze der K.O., sowohl hinsichtlich derjenigen, welche berechtigt sind, als des Umfangs und der Rangordnung ihrer Ansprüche. Soweit es das örtliche Recht zuläßt, behalten generelle oder stillschweigende, nicht eingetragene Hypotheken, gesetzliche oder eingeräumte Vorzugsrechte und absolut privilegirte persönliche Forderungen hinsichtlich der Immobiliarmasse ihre Wirksamkeit. Mot. 191, 192. Hiergegen ist aus der Einleitung der Mot. 188, 189, daß die Generalhypotheken für den Absonderungsanspruch keine Berücksichtigung verdienen, kein Bedenken zu finden, da diese Einleitung allgemein die Immobiliar- und die Mobiliarmasse umfaßt, und demnächst erst in den Mot. 191 erörtert wird, weshalb für die Immobilien das Landesrecht zur Zeit noch in Geltung bleiben muß. Die unbedingte Geltung des Landesrechts ist auch (gegen die Zweifel von v. Sarwey S. 275 ff,) im Gesetze deutlich ausgesprochen, indem Umfang und Rangordnung der aus der Immobiliarmasse zu befriedigenden Ansprüche, also auch der Berechtigten, nach den Landesgesetzen zu bestimmen ist, Abs. 2, und die Immobiliargegenstände nach Abs. 1 zur abgesonderten Befriedigung dienen, „insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus demselben besteht." In Ermangelung einer reichsgesetzlichen Vorschrift, wodurch ein solches Recht begründet wird, können darüber nur die civilrechtlichen Landesgesetze bestimmen. Sofern dieselben einem Rechtsgrunde (also z. B. der generellen oder stillschweigenden Hypothek oder einem Vorrechtsprivileg) noch ein weiteres allgemeines Vorrecht im Konkurse aus der Gesammtkonkursmasse einräumen und für diese Wirkung durch die K.O. beseitigt sind, sind sie nicht zugleich für die „unabhängig vom K.Verfahren" erfolgende abgesonderte Befriedigung (§ 3) aufgehoben. Vgl. auch Stieglitz S. 251; Fuchs S. 63; Mandry S. 241. — Durch die Erhaltung nicht nur der dinglichen, sondern auch der „sonstigen" Rechte sind alle, aus irgend welchem Grunde durch Gesetz anerkannten Vorrechte auf Befriedigung aus der Immobiliarmasse — also P. §§ 47—50 — aufrecht erhalten.

Gemäß §§ 39, 3 Abs. 2 sind also sowohl das Verfahren, als auch die materiellen Rechte hinsichtlich aller Pfand- und Absonderungsrechte auf Immobilien und zwar in Betreff der Substanz sowie der Revenuen, der Subhastation, wie der Sequestration nach den Landesgesetzen zu beurtheilen. Die Landesgesetze, welche die

Rangordnung bestimmen, entscheiden sonach für die Immobiliarmasse auch die Frage, in welchem Verhältnisse das Pfändungspfandrecht an beweglichen Zubehörstücken eines Immobile zu den Rechten anderer Immobiliar-Absonderungsberechtigter stehen. Vgl. § 31 Eig.-Erw.-Ges. v. 5. Mai 1872 u. Anm. 3 zu § 41.

Für das Gebiet des preuß. A.L.R. und der A.G.O. bez. der preuß. K.O. bleiben die Subhast.-Ordn. v. 15. März 1869, A.G.O. I. 24 §§ 110 (unter Wegfall der Nothwendigkeit vorgängiger anderer Exekutionsgrade), 113—140; Konk.O. v. 8. Mai 1855 §§ 46—71 betreffend die Rechte und Rangordnung der Realgläubiger in Beziehung auf Immobilien; die §§ 416—420 betr. die Vertheilung der Revenuen von Immobilien; §§ 22, 23 Exekut.-Verordn. v. 4. März 1834 betreffs der Judikate als Titel zur Einlegung in Verbind. mit § 22 Ges. v. 4. März 1879 üb. Zwangsvollstr. in unbew. Verm.; Gesetz über Eigenthumserwerb v. 5. Mai 1872 §§ 17, 30 ff. nebst den bezüglichen landrechtlichen Vorschriften in Geltung. Die Vorschriften der P. §§ 383—415 und der A.G.O. I. 24 § 112 sind schon durch die Subhast.-Ordn. v. 15. März 1869 §§ 116, 117 aufgehoben. Die §§ 1—45, 72—341, also auch §§ 31, 263, 266—271 der P. von 1855 sind durch § 55 Nr. 1 Ausf.Ges. v. 6. März 1879 aufgehoben, vgl. Anm. 2 zu E.G. § 4. Insoweit in den für die Immobiliar-Rechtsverhältnisse geltenden Vorschriften nicht die speziell für dieselben maßgebenden, sondern allgemeine konkursrechtliche Bestimmungen in Bezug genommen sind, treten an deren Stelle die Vorschriften und das System der K.O. Hinsichtlich des § 11 P. vgl. Anm. 8 zu § 12. Eine besondere Vorschrift enthält das preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 im § 10: „Gesetzliche Vorzugsrechte, welche nach den bisherigen Vorschriften das gesammte Vermögen des Schuldners umfaßten, bestehen an Gegenständen, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, nur insoweit, als die Forderungen, für welche sie gewährt sind, auf den Gegenstand der Zwangsvollstreckung sich beziehen." Die Vorschrift ist erlassen, weil im Bezirke des O.L.G. zu Köln und in einigen gemeinrechtlichen Landestheilen Vorzugsrechte am gesammten Vermögen für Forderungen bestehen, welche zum unbeweglichen Vermögen keine besondere Beziehung haben (Begräbniß-, Unterhaltungs-Kosten u. s. w.), welche jedoch ohne diese Vorschrift bei der Immobiliarmasse den dinglichen Ansprüchen vorgehen würden. — Vgl. über Pfandrechtstitel Art. XI. Einf.Ges. zur K.O. v. 8. Mai 1855, §§ 22, 23 V. v. 4. März 1834, u. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 § 11.

Sofern ein Berechtigter, welcher nach § 54 Nr. 1, 2, 3 ein Vorrecht an der Masse hat oder nach §§ 51 Nr. 2, 52 den Betrag als Massegläubiger zu fordern berechtigt ist, zugleich nach Landesrecht Befriedigung aus der Immobiliarmasse verlangen kann (vgl. P. §§ 47—50), stehen ihm diese Rechte neben einander elektiv nach seiner Wahl zu. Der K.Verwalter kann das Vorrecht des § 54 und die Rechte des Massegläubigers, welche die K.O. als unbedingte gewährt, nicht durch Verweisung auf die Immobiliarmasse ablehnen; sondern nur, wenn eine Befriedigung aus dieser bereits erfolgt ist, den Anspruch selbst als befriedigt bestreiten, bez. bei späterer doppelter Befriedigung wegen rechtlicher Bereicherung das von ihm Gezahlte kondiziren, Anm. 3 zu § 38.

Kann der Verwalter, wenn er einen solchen Berechtigten befriedigt hat, selbst an dessen Stelle dessen Recht an der Immobiliarmasse geltend machen? Die Frage muß bejaht werden. Sie ist aus dem Verhältnisse der Immobiliarmasse zur Konkursmasse zu lösen. Die Vorschrift: die Gegenstände „dienen" zur abgesonderten Befriedigung, bedeutet ebenso wie im § 2: sie müssen dazu dienen und verwendet werden, Anm. 1 zu § 2. Die Vorschrift ist dadurch zugleich eine Einschränkung der allgemeinen Zweckbestimmung des § 2. Die Immobiliarmasse dient darnach zunächst zur Befriedigung der Absonderungsberechtigten und nur soweit noch nach dieser Befriedigung solche Masse vorhanden ist, fällt sie der allgemeinen Zweckbestimmung des § 2 anheim. Dies Zweck-Verhältniß kann daher auch der Verwalter hinsichtlich der Rechte der Immobiliar-

berechtigten unter einander in Anspruch nehmen, wenngleich die K.O. nur eine K.Masse kennt, deren Theil die Immobilien bilden. Sofern daher der Verwalter aus der Masse (nicht der schuldende G.Schuldner vor der K.Eröffnung) einen dieser Berechtigten befriedigt hat, kann er in Gemäßheit des von ihm wahrzunehmenden Interesses der K.-Gläubiger gegenüber den anderen Immobiliarberechtigten (Realgläubigern) auf Grund jener Zweckbestimmung, welche für, wie gegen den Verwalter wirksam ist, an Stelle des Befriedigten liquidiren; und zwar auch da, wo sonst nach Landesrecht der zahlende Dritte zur Geltendmachung eines Absonderungsrechts einer Cession des Befriedigten bedarf, wie nach A.L.R. I. 16 §§ 47, 48. Die Entsch. des R.O.H. Bd. 9 S. 91 u. 224, mit Rücksicht auf P. §§ 11, 31, 40, 46 erlassen, sind daher auch für unsere K.O. zutreffend, wenngleich für letztere das Eintrittsrecht des § 11 P. nicht aufrecht erhalten ist, und die formelle Bildung verschiedener Massen nach der K.O. nicht erfolgt; denn die für unsre obige Frage wesentliche Zweckbestimmung des § 39 der K.O. ist in gleicher Weise wieder Gesetz geworden, wie sie in P. § 31 bestand. Ein dritter Zahlender hat allerdings aus dieser Zweckvorschrift kein Recht, wie er durch die Vorschriften der K.O. überhaupt nicht berührt wird, vgl. Vorb. 1 zu Buch I.; ebensowenig der zahlende G.Schuldner persönlich, da nur Ansprüche gegen ihn, welche noch zu befriedigen sind, zu berücksichtigen sind. — Aus demselben Grunde kann der Verwalter auch die von ihm etwa gezahlten Kosten, (Vorschüsse), welche aus den Revenüen oder der Substanz der Immobiliarmasse gesetzlich zu decken sind und gegenüber deren Realgläubigern für diese Masse die Bedeutung von Masseschulden haben (P. § 46: „nach Berichtigung der Masseschulden" u. § 40), vorweg beanspruchen. Vgl. Anm. zu § 50; auch Hullmann S. 173 und Wengler S. 298.

Ueber die in den deutschen Landes- und Rechtsgebieten im Jahre 1879 geltenden Bestimmungen vgl. die Quellendarstellung Anlage I. zu d. Mot. In den gemeinrechtlichen Gebieten, worin die Grundsätze der Publizität und Spezialität des Pfandrechts noch nicht durchgeführt sind, kommen nach dem Obigen noch die generellen und stillschweigenden Hypotheken zur Geltung. In den preußischen gemeinrechtlichen Landestheilen sind nach Erlaß des Ausf.Ges. v. 6. März 1879 §§ 2, 3 (vgl. Mot. dazu) gesetzliche oder vertragsmäßige Generalhypotheken für die nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkurse überall wirkungslos. Soweit sie noch in Geltung waren, geben gesetzliche Pfandrechte nur einen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek mit bestimmter Summe. Die Bestellung einer Hypothek am ganzen Vermögen ist fortan unzuläßig. Wegen der Uebergangsbestimmung vgl. Anm. zu §§ 12, 13 E.G. — Die Rechtsverhältnisse der Immobiliarberechtigten sind in allen Bundesstaaten auf Veranlassung der K.O., soweit es nicht schon früher geschehen ist, durch besondere Gesetze betr. die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen, bez. durch Ausf.-Gesetze gesetzgeberisch geregelt.

In den Konsulargerichtsbezirken gilt nach §§ 3, 14 Ges. v. 10. Juli 1879 als landesgesetzlich das bürgerliche Recht, welches in den preußischen landrechtlichen Landestheilen gilt, vgl. Vorb. 3 vor § 15. Hinsichtlich der Immobiliar-Absonderungsrechte sind keine Ausnahmen hiervon gemacht. Nach § 32 Einl. A.L.R. sollen in Ansehung des unbeweglichen Vermögens die Gesetze der Gerichtsbarkeit entscheiden, unter welcher sich dasselbe befindet. Der Konsulargerichtsbarkeit sind nach § 1 Ges. v. 10. Juli 1879 die in den Konsulargerichtsbezirken wohnenden oder sich aufhaltenden Reichsangehörigen und Schutzgenossen unterworfen; begreiflicherweise aber nicht die Grundstücke des Auslandes. Die Vorschriften der Gebiete des A.L.R. können daher nur mit der erforderlichen Berücksichtigung des Territorial-Landesrechts behufs der Ausführbarkeit zur Geltung kommen, wie auch für das Verfahren hinsichtlich der Verwerthung der Grundstücke das Territorial-Landesrecht seine Geltung behält.

§ 40.

Gläubiger,[1] welche an einer beweglichen körperlichen Sache,[2] an einer Forderung[3] oder an einem anderen Vermögensrechte[4] des Gemeinschuldners ein Faustpfandrecht haben, können aus den ihnen verpfändeten Gegenständen[5] abgesonderte Befriedigung wegen ihrer Pfandforderung[6] verlangen, zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals.[7]

E. I. 48. P. 32. 263. 264.

1) Im Gegensatze zu § 39 sind in Betreff des beweglichen Vermögens durch die K.O. einschließlich der §§ 14--17 E.G. einheitlich die Grundsätze bestimmt, nach welchen Absonderungsrechte mit Wirksamkeit für das Konkursrecht allein anerkannt werden sollen. Die einheitliche Regelung wurde nöthig, weil der für den Konkurs vorzugsweise wichtige Personalkredit vom Mobiliarkredit unlösbar ist, die bewegliche Sache Ort und Eigenthümer häufiger wechselt und nicht erkennen läßt, welches örtliche Recht zumal bei Transportwechseln maßgebend sein soll. Die Reform der K.O. geht davon aus, daß ein unmittelbares und ausschließliches Verhältniß des Pfand- (Absonderungs-) Rechts zur Sache vorhanden und Jedermann, insbesondere den anderen Gläubigern erkennbar sein muß. Vgl. Vorbem. vor § 39. In Uebereinstimmung mit den E.G., welche zur Einführung der preuß. K.O. in die gemeinrechtlichen Gebiete von Hohenzollern (Ges. v. 31. Mai 1860, G.S. S. 214) und des Justizsenats zu Ehrenbreitstein (Ges. v. 3. Februar 1864, G.S. S. 40) erlassen sind, wird deshalb den Pfandrechten ohne Besitz, den gemeinrechtlichen Hypotheken, die Wirkung im Konkurse versagt. Ohnehin durch Art. 306 H.G. in der Wirkung beschränkt, ist die gemeinrechtliche Hypothek auch sonst da, wo die Gesetzgebung in neuerer Zeit das Pfandrecht an Mobilien normirt hat, abgeschafft worden. Mot. 196, 197.

Indem grundsätzlich n u r dem F a u s t p f a n d r e c h t die volle Wirkung belassen wird, bleibt das bürgerliche Recht hinsichtlich der Voraussetzungen für die E n t s t e h u n g und G ü l t i g k e i t, insbesondere der F o r m e n in Wirksamkeit. Anm. zu E.G. § 16. Die civilrechtlichen Vorschriften über Erwerb, Verlust, Umfang und Wirksamkeit des Mobiliarpfandrechts bleiben maßgebend. Sie gelten außer dem Konkurse ohne Rücksicht auf die §§ 40, 41 (bez. E.G. §§ 14—17), indeß mit der Einschränkung, daß ein nicht auch den §§ 40, 41 entsprechendes Pfandrecht einem nach C.P.O. § 709 begründeten Pfändungspfandrechte nachsteht. Für die Wirksamkeit im Konkurse ist zunächst ein nach jenen civilrechtlichen Vorschriften gültig erworbenes und zur Zeit der K.Eröffnung bestehendes Pfandrecht nöthig. Unter der Voraussetzung, daß überhaupt ein gültiges Pfandrecht konstituirt ist, wird jedoch im Konkurse nur für diejenigen Pfandrechte die Wirksamkeit eines Absonderungsrechts im Sinne des § 40 eingeräumt, welche den Bedingungen der §§ 14—17 E.G. entsprechen und wirkt das Absonderungsrecht im Konkursfalle auch da, wo hierin das bürgerliche Recht abweicht, nur für die Pfandforderung. Diese Konkursvorschriften gelten nach § 40, welcher in dieser Beziehung nicht unterscheidet, sowohl für die gesetzlichen als auch die vertragsmäßig oder durch letztwillige Bestimmungen eingeräumten Pfandrechte. Auch für die an sich nach Civilrecht begründeten gesetzlichen Pfandrechte muß den Voraussetzungen der §§ 14—17 E.G. genügt sein, um ein für den Konkurs wirksames Faustpfandrecht zu schaffen. Die Entstehung eines Pfandrechts n u r durch das Gesetz ist von dieser Wirksamkeit ebenso ausgeschlossen, wie eine Besitzübertragung hinsichtlich des Pfandrechts durch bloßen Vertragswillen. Dadurch wird die Wirksamkeit des § 40 zwar nicht begrifflich, aber thatsächlich wesentlich auf die Konventional-Pfandrechte beschränkt. Soweit gesetzliche Pfandrechte mit der Wirksamkeit des

Faustpfandrechts außerhalb der Voraussetzungen des § 40 und des E.G. § 14 ff. anerkannt werden, sind sie auf die im § 41 bezeichneten beschränkt.

Begrifflich ist ein Faustpfandrecht als ein mittelst Besitzeinräumung bestelltes auch an Immobilien möglich. A.L.R. I. 20 § 71. Indeß abgesehen von der sprachgebräuchlichen Beschränkung auf Mobiliarpfandrechte ist im Gegensatze zu § 39 in den §§ 40 41, nur vom Pfandrechte an beweglichen Sachen einschließlich der Forderungen und Rechte, welche nicht zu den Immobilien gehören, vgl. Anm. 5, die Rede.

Während die Konkursvorschriften für die Begründung eines Absonderungsrechts für einen Konkurs im Deutschen Reiche gemeinsam sind, kann eine Kollision der örtlichen Rechte in oder außer dem Deutschen Reiche hinsichtlich der Frage entstehen, welche Gesetze darüber entscheiden, ob ein civilrechtlich gültiges Pfandrecht erworben und nicht wieder verloren ist. Entscheidend sind hierfür beim Pfandrechte an beweglichen körperlichen Sachen die Gesetze des Orts, wo sich die Sache zur Zeit der Pfandrechtserwerbung befindet. Savigny Bd. 8 S. 175, 191 ff., 289. Strieth. 73, 72. R.O.H. 6, 80. Die Vorschrift des A.L.R. Einl. § 28, welche nur die Besitz-, Gebrauchs- und Verfügungs-Rechte, nicht den Erwerb betrifft, ist hier nicht anwendbar. Für das Pfandrecht an Forderungen ist der Sitz derselben, in der Regel der Wohnort des Drittschuldners bez. wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, also namentlich bei Verpfändung von Hypothekenforderungen der Ort dieser belegenen Sache bestimmend. Vgl. C.P.O. § 24. Stieglitz S. 274, 275.

2) Welche Erfordernisse zur Konkurs-Wirksamkeit eines Faustpfandrechts an beweglichen körperlichen Sachen nöthig sind, bestimmen E.G. §§ 14, 16. Der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn muß „den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten haben", und das Pfandrecht landesgesetzlich begründet sein. Von den Fällen der sog. symbolischen Verpfändung (vgl. preuß. A.L.R. I. 20 §§ 271—389) bleiben nur diejenigen, in welchen in der That ein Gewahrsam eingetreten ist, zufolge des allgemeinen Grundsatzes anerkannt (Anm. 2 zu E.G. § 14), und außerdem nur diejenigen, welche ausnahmsweise im E.G. § 14 Nr. 1 und 2 bezeichnet sind. Vgl. Anm. 3—5 zu E.G. § 14. Mot. 195—204, 477, 478. „Diejenigen, welchen eine Kaution bestellt ist" (in P. § 33 Nr. 3 als den Faustpfandgläubigern gleichgestellt erwähnt, ebenso Code civil art. 2102 Nr. 7), haben am Kautionsobjekte, sobald die Forderung entstanden ist, nach allen Rechtssystemen ein wirkliches Pfandrecht. Mot. 216.

3) Die Erfordernisse zur Wirksamkeit eines Faustpfandrechts an „Forderungen und anderen Vermögensrechten" bestimmen E.G. §§ 15—17. Zum Bestehen desselben mit Wirkung für den Konkurs muß entweder 1) „der Drittschuldner von der Pfändung benachrichtigt sein", oder 2) „der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechts bildet, oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten haben" oder 3) „die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuch eingetragen" sein. Auch hier wird außer diesen reichsgesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen der Wirksamkeit vorausgesetzt, daß das Pfandrecht selbst nach den bestehenden Reichs- bez. Landesgesetzen gültig bestellt ist. E.G. § 16. Mot. 204, 205, 477, 478. Für das Gebiet des preuß. A.L.R. vgl. Anm. 2, 3 zu E.G. § 15. Der Code civ. (art. 2074, 2076, 1690, 1691, 1607) schreibt in allen Fällen die Zustellung der Verpfändungsurkunde an den Drittschuldner und, sofern ein Schuldtitel vorhanden, zugleich dessen Aushändigung an den Pfandgläubiger, sowie stets die Bekanntmachung der Verpfändung an den Drittschuldner vor. Die im E.G. § 15 verlangten Erfordernisse sind namentlich mit Rücksicht auf das gemeine Recht aufgestellt, „da nach diesem der Gläubiger auf die Herausgabe der Dokumente keinen Anspruch, und zwar die Befugniß hat, dem Drittschuldner die Verpfändung

anzuzeigen, die Anzeige an ihn aber weder dem Pfandgläubiger, noch dem Pfandschuldner zur Pflicht gemacht ist. L. 4, C. quae res pign. 8, 17." Mot. 205.

4) „Welche Rechte außer den Forderungen Gegenstand eines Pfand- und eines Absonderungsrechts sein können, inwiefern dies namentlich mit Realdienstbarkeiten, Dienst-, Bannrechten und Regalien der Fall ist, inwiefern Papiere auf den Inhaber unter die Kategorie der unkörperlichen oder der körperlichen Gegenstände zu bringen sind, — diese Fragen hat der Entwurf nicht zu berühren; er setzt ein nach Civilrecht begründetes Pfandrecht voraus". Mot. 205. H.G. Art. 309. Vgl. preuß. A.L.R. I. 20 §§ 15, 271 ff., 286, 287, Anm. 2 zu E.G. § 15. In Anbetracht kommen hier (wie für C.P.O. § 754) namentlich Nutzungsrechte (Nießbrauch, Superficies, Emphyteuse), Pfandrechte, Antheilsrechte an einer Gemeinschaft (Erbrechte, Gesellschaftsantheile, mobilisirte Gewerkschaftskuxe, Antheile an Amortisations- und Reservefonds von Kreditinstituten, soweit sie nicht Grundstücks-Pertinentien sind u. dergl.), Realgewerbeberechtigungen, die Urheberrechte nach den Ges. v. 11. Juni 1870, 9., 10. und 11. Januar 1876, Patentrechte, Grundgerechtigkeiten auf Substanzausbeutung (A.L.R. I. 22 §§ 240, 241) u. s. w. — Die für die Wirksamkeit im Konkurse außerdem nöthigen Erfordernisse eines Faustpfandrechts für andere Vermögensrechte sind in § 15 E.G. in gleicher Art, wie für die Verpfändung einer Forderung vorgeschrieben.

5) Der Ausdruck: „Gegenstände" ist auch hier in der umfassenden Bedeutung der Anm. 2 zu § 35 zu verstehen. Vorausgesetzt ist immer ein zur K.Masse gehöriger Gegenstand. Pfandrechte an fremden (auszusondernden) Sachen sind nicht nach der K.O. zu beurtheilen, sondern nebst der Aussonderung selbst nach dem außerhalb des K.Verfahrens geltenden Gesetzen. Petersen S. 205. A.M. v. Völdernborff I. S. 441. — Ausgeschlossen sind auch bewegliche Sachen, Forderungen und Rechte, welche nach § 39 Zubehör oder Theile des unbeweglichen Vermögens des G.Schuldners sind. Im Falle der Kollision eines behaupteten Mobiliarpfandrechts an streitigen Zubehörstücken, natürlichen oder civilen Früchten ist zunächst nach dem Landesrechte gemäß § 39 festzustellen, ob sie noch zur Immobiliarmasse gehören. Ist dies der Fall, so ist das Recht daran nach den für diese geltenden Gesetzen zu entscheiden, vgl. §§ 30, 31 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872. Wenn nicht, so entscheidet das bürgerliche Recht über die Rangordnung der Mobiliar-Pfandgläubiger, vgl. Anm. 7. — Hinsichtlich des Mobiliarpfandrechts können mit dem eigentlichen Pfandgegenstande Zubehörstücke und Früchte (also auch Koupons und Talons von Werthpapieren) der Absonderung nur insofern unterliegen, als sie nicht nur nach bürgerlichem Rechte mitverhaftet sind, sondern auch im Sinne der §§ 14 ff. E.G. im Besitze des Pfandgläubigers sind. Den Bedingungen der §§ 14—17 E.G. muß hinsichtlich des gesammten als verpfändet in Anspruch genommenen Gegenstandes entsprochen werden. Mot. 206.

6) Nur für die Pfandordnung kommt den Gläubigern das Absonderungsrecht zu, nicht für andere Forderungen, auch nicht für neue Vorschüsse, welche der Pfandgläubiger ohne Pfandbewilligung macht. Das gemeinrechtliche streitige sog. Gordianische Privileg aus l. un. C. etiam ob chir. pec. 8, 27 (nach preuß. A.L.R. I. 20 § 171 beseitigt), ist hierdurch für den Konkurs allgemein aufgehoben. Für Handelssachen ist jedoch das Zurückbehaltungsrecht im Umfange des H.G. Art. 313 ff. im § 41 Nr. 8 aufrecht erhalten. Mot. 206. Prot. 40. — Für die Pfandforderung hat dagegen der Gläubiger dasselbe Absonderungs- und Vorrecht im Konkurse, wie außerhalb desselben. Maßgebend bleibt dafür das Civilrecht, welches zur Anwendung kommen würde, wenn kein K.Verfahren schwebte, nebst den vertragsmäßigen Verpfändungsbestimmungen. Darnach bestimmt sich auch, wieweit das Pfand für Zinsen, Verzugsfolgen, Konventionalstrafen, Verwendungen, Auslagen, Verschuldung u. s. w. haftet, Verjährung für Zinsen 2c. eingetreten ist. Vgl. für das gemeine Recht Windscheid § 226; ferner Preuß. A.L.R. I. 20

§§ 163 ff., 139 ff.; I. 5 §§ 292 ff.; I. 16 §§ 15 ff.; Anm. 2 zu § 55; R.O.H. 5, 92. Im E. I. § 48 war hinsichtlich der rückständigen Zinsen zur Beseitigung mißbräuchlicher Saumseligkeit allgemein die Beschränkung auf ein Jahr vor der K.Eröffnung bez. vor der Rechtshängigkeit eines bis zur K.Eröffnung verfolgten Anspruchs vorgeschlagen. Mot. v. 1873 S. 274, 279. Die Vork. hat diese Beschränkung gestrichen, weil sie dem Pfandgläubiger ein begründetes Recht gegenüber den K.Gläubigern entziehen würde. Das Absonderungsrecht ist daher für alle nicht verjährten Zinsen gestattet (Mot. 207), soweit das Civilrecht dies gestattet. Vorschriften, welche für alle Fälle bez. beim Zwangsverkaufe für jeden Zwangsverkauf die Geltendmachung des Pfandrechts hinsichtlich der Zinsrückstände einschränken, sind durch die K.O. nicht beseitigt. Indeß soweit das bürgerliche Recht sonst die Haftung für Zinsen allgemeiner zuläßt und nur für den Konkurs beschränkt, sind solche konkursrechtlichen Vorschriften beseitigt, § 3 Abs. 2, v. Völderndorff I. S. 439, 437.

7) Die Rangordnung hinsichtlich der Theile der Pfandforderung ist festgesetzt, weil der Pfandgläubiger seine etwaige persönliche Forderung als K.Gläubiger anmelden kann, hiervon aber die laufenden Zinsen ausgenommen sind, §§ 56 Nr. 1, 57, auch eine Kollision mehrerer Realgläubiger hinsichtlich desselben Pfandstücks eintreten kann.

Ueber eine solche Kollision mehrerer Pfandgläubiger hinsichtlich der Forderungsbestandtheile entscheidet § 40; über sonstige Kollisionen Mehrerer hinsichtlich verschiedener Pfandforderungen entscheidet das bürgerliche Recht. Nach dem letzteren bestimmt sich, ob, für wen und in welchem Umfange eine Berücksichtigung der Forderung im Verhältnisse Mehrerer unter einander stattzufinden hat. Nach § 40 ist zu entscheiden, welche Theile einer Forderung zunächst als befriedigt bez. als noch rückständig zu halten haben, wenn eine Pfandforderung zu berücksichtigen ist. Vgl. A.L.R. I. 20 §§ 36 ff., 511 ff., 281 ff. Eig.-Erw.-Ges. v. 5. Mai 1872 § 54.

§ 41.

Den Faustpfandgläubigern stehen gleich:[1]

1. die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen;[2]
2. Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses[7] sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, in Ansehung der Früchte[3] des Grundstücks und der eingebrachten Sachen,[4] sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;[5]
3. Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderungen für dieses;[6]
4. Vermiether wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses[7] sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethsverhältnisse, in Ansehung der eingebrachten Sachen,[4] sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;[5]
5. Gastwirthe wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung

des Gastes, in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen;[8]

6. Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen, in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen;[9]
7. diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des, den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenen Sache;[10]
8. diejenigen, denen nach dem Handelsgesetzbuche an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht[11] oder Zurückbehaltungsrecht[12] zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände;
9. diejenigen, welche durch Pfändung[13] ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände.[14]

E. I. 49. P. 33. 36. Abs. 2.

1) Die Absonderungsrechte aus § 41 (Spezialvorzugsrecht an Mobiliar-Gegenständen) beruhen auf dem Gesetze, nämlich auf dem § 41. Sie sind durch dies Gesetz den Berechtigten („Quasi-Faustpfandgläubiger") im Umfang des § 41 als Absonderungsrechte im Konkurse auch dann gegeben, wenn das bürgerliche Recht ihnen ein solches Recht außer dem Konkurse nicht einräumt. Andererseits sind auch da, wo das bürgerliche Recht ihnen Pfandrechte außerhalb des Konkurses zugesteht, diese für den Konkurs auf den durch § 41 bestimmten Umfang hinsichtlich der betroffenen Gegenstände und der Forderungen auf Vorzugs-Befriedigung daraus reduzirt bez. erweitert. Dadurch, daß nur die im § 41 bezeichneten den Faustpfandgläubigern gleichgestellt sind, sind sie nach § 3 Abs. 1 die einzigen als gesetzliche im bezeichneten Sinne anerkannten.

Sie stehen den Faustpfandgläubigern gleich, d. h. gemäß dem systematischen Zusammenhange mit § 40: sie sind mit diesen gleichberechtigt bezüglich der abgesonderten Befriedigung im Konkurse ihres Schuldners; also in allen durch die K.O. geordneten Beziehungen. Jeder der Absonderungsberechtigten des § 41 (Quasi-Faustpfandgläubiger) hat hinsichtlich der seinem Rechte unterworfenen Gegenstände dieselben Rechte, wie die Faustpfandgläubiger hinsichtlich der verpfändeten Objekte im Umfange des § 40. „Die Gleichstellung ist eine allgemeine für alle Beziehungen der Pfandgläubiger zur K.Masse", namentlich auch hinsichtlich der Anwendung der §§ 3, 40, 57, 108 ff., 110, 117, 141. Insoweit diese Beziehungen nicht in Frage kommen, bleibt das Civilrecht unberührt und für den Inhalt der einzelnen Rechte, für die Art ihrer Ausübung, das Recht zum Verkauf und das Verhältniß gesetzlicher und vertragsmäßiger Pfandrechte, und der verschiedenen Rechte unter einander maßgebend. Mot. 217, 218. Von den Absonderungsrechten werden nach § 41, wie nach § 40 nur Sachen des G.Schuldners betroffen, welche allein zur K.Masse gehören und den Vorschriften der K.O. hinsichtlich der Befriedigung aus denselben unterliegen. Sachen eines Dritten kann dieser nach § 35 vindiziren, soweit sie nicht rechtsgültig der G.Schuldner, etwa kraft ehemännlicher oder väterlicher Gewalt, veräußert hat. Vgl. Anm. 1 zu § 38. A.M. v. Völderndorff I. S. 441, 442.

Die Gleichstellung betrifft auch das Verhältniß der Berechtigten unter einander. Die Rangordnung verschiedener Absonderungsrechte unter einander für den Fall einer

Kollision ist weder durch die Reihenfolge des § 41, noch überhaupt durch die K.O. bestimmt, zumal bei der ihnen angewiesenen Stellung das Verfahren betreffs ihrer Befriedigung außerhalb des K.Verfahrens fällt und es den K.Gläubigern gegenüber nur von Interesse ist, daß nur die in den §§ 40, 41 bezeichneten Pfand- und Absonderungsrechte bestehen, nicht in welcher Reihenfolge sie unter einander zur Geltung kommen. Gegen einander müssen daher die einzelnen Absonderungsberechtigten ihre Prioritätsrechte nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zum Austrage bringen. Mot. 219, 220. Für das allgemeinste der Rechte des § 41, das Pfändungs-Pfandrecht Nr. 9, ist in C.P.O. § 709 auch für Fälle außerhalb des Konkurses bestimmt, daß dasselbe dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte gewährt, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall des Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind. (Die in den Mot. 218 erwähnten Bestimmungen des Entw. der C.P.O. § 658 jetzt § 709 sind mit Rücksicht auf die K.O. in vorgedachter Weise geändert.) Die Rangordnung ist indeß nur hinsichtlich der Pfändungspfandrechte unter einander dahin normirt, daß das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht dem durch eine spätere begründeten vorgeht. Dagegen ist das Rangverhältniß der Pfändungspfandrechte gegenüber anderen für den Konkurs ihnen gleichgestellten auch in der C.P.O. (§§ 709, 758 ff.) nicht geordnet.

Die Kollisionen (wenngleich vermindert hinsichtlich der Absonderungsrechte, welche mit dem Verluste der Detention fortfallen, § 41 Nr. 1, 3, 5, 6, 7) können schon dadurch entstehen, daß dem Pfandgläubiger, § 40, die Verfolgung des Pfandes in der Hand eines anderen Pfandinhabers sowohl vom gemeinen Rechte, sofern Ersterer auf das Pfandrecht nicht ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hatte, als auch vom H.G., abgesehen von Inhaberpapieren, Art. 306 Abs. 4, 307, 308 und auch vom Preuß. A.L.R., wenngleich gegen die Pflicht zur Erstattung des gezahlten Pfandschillings an den redlichen Dritten (I. 20 §§ 118, 119, 244, 253, 254, vgl. Strieth. 13, 219; 38, 44) gestattet wird. Soweit nicht das H.G. für einzelne Klassen von Pfandrechten besondere Rangordnungen aufgestellt hat, Art. 411, 771 ff., 779, 781, entscheidet das geltende Recht nach Lage der Fälle. „Entweder entscheidet der körperliche Besitz der Sache (l. 10 pr. D. de pign. 20, 1, l. 14 D. qui pot. 20, 4; Preuß. A.L.R. I. 20 §§ 275 ff., 336 ff., 387; I. 7 § 74; H.G. Art. 306, 409, 624, 650, 697, 723, 727 u. s. w.) oder die nützliche Verwendung (l. 6, 5, pr. D. qui pot. 20, 4) oder das Alter giebt den Ausschlag (H.G. Art. 651; Preuß. A.L.R. I. 20 §§ 302 ff., 313; Preuß. E.G. z. H.G. Art. 59 § 3; Preuß. Bergges. § 236; C.P.O. § 709)." Mot. 218—220. In Betreff der praktisch wichtigsten Kollisionen der Rechte des Verpächters bez. Vermiethers Nr. 2, 4, und der Pfändungspfandrechte Nr. 9 unter einander und mit anderen Absonderungsrechten vgl. Anm. 3, 7 und 14. Soweit nicht die Reichsgesetzgebung über die Rangordnung der Absonderungsberechtigten unter einander bestimmt hat, ist sonach der Landesgesetzgebung auch für die Zukunft die Regelung dieser außerhalb des K.Verfahrens liegenden Verhältnisse überlassen. Im. preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 ist darüber im § 6 bestimmt: „Das im § 41 Nr. 1 der Deutschen K.O. bestimmte Absonderungsrecht wegen öffentlicher Abgaben geht den übrigen im § 41 der D.K.O. bestimmten Absonderungsrechten vor." Vgl. außerdem nachst. den § 7 dieses Gesetzes und v. Wilmowski Ausf.- u. Ueberg.-Ges. z. K.O. S. 20, 31.

Die im § 41 aufrecht erhaltenen Fälle sind ausgewählt nach den allgemeinen Grundsätzen (Vorbem. vor § 39), daß die Forderungen in unmittelbarer Beziehung zur Sache stehen und daß die Rechte durch Besitz (bez. die Möglichkeit jederzeitiger Besitzergreifung Nr. 2, 4) erkennbar sind. Alle nicht durch §§ 40, 41 und E.G. §§ 14 ff. aufrecht erhaltenen Absonderungsrechte sind für den Konkurs (unbeschadet ihrer Wirksamkeit außerhalb des Konkurses) aufgehoben; insbesondere die gemeinrechtlichen Pfandrechte der

Pupillen an den mit ihren Geldern vom Vormunde erworbenen Sachen, und der Legatare an den Erbstücken der Onerirten, das Vorrecht rückständiger Kaufgelder an Kaufgegenständen gemäß Code civ. art. 2102 Abs. 1 Nr. 4 und die Vorrechte von Gläubigern an beweglichem Bergwerkseigenthum, soweit solche Vorrechte über die Vorschriften der §§ 40, 41 bez. E.G. §§ 14 ff. hinausgehen. Mot. 208, 216, 217. Ueber das bewegliche und unbewegliche Bergwerkseigenthum im Verhältnisse zum Konkurse überhaupt vgl. Mot. v. 1873 S. 255—279 und Mot. 192, 193, 216, 217. Strieth. 93, 49.

Insofern den Quasi-Faustpfandgläubigern des § 41, namentlich den Verpächtern, Vermiethern und Pächtern nach dem bürgerlichen Rechte ein Pfand-, Retentions- oder Vorzugsrecht zugebilligt ist, welches hinsichtlich des Pfandobjekts oder der berechtigten Forderungen über den Umfang der Rechte des § 41 hinausgeht (vgl. preuß. A.L.R. I. 21 §§ 395 ff. Deklar. v. 21. Juli 1846) bleibt dasselbe auch nur außerhalb des Konkurses aufrecht erhalten.

Im preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 ist im § 7 bestimmt (Abs. 1): „Die Vorschriften des § 41 der Deutschen K.O. und des § 6 dieses Gesetzes (vgl. vorst.) finden außerhalb des K.Verfahrens auf das Verhältniß der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung.“ (Abs. 2.) „Für Forderungen, für welche durch die Vorschriften der Deutschen K.O. ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen Gegenständen des beweglichen Vermögens nicht zugelassen ist, besteht auch außerhalb des K.-Verfahrens kein Absonderungsrecht oder Vorzugsrecht an solchen Gegenständen.“ Diese Vorschriften (§ 7 Abs. 1 und 2) regeln aber nur das Verhältniß der Gläubiger zu einander; unberührt bleiben dadurch die Verhältnisse des Gläubigers zum Schuldner und zu Dritten (Aftermiether, Afterpächter), sowie des Vermiethers und Verpächters zu Dritten, und das Verfolgungsrecht des Art. 2102 rhein. Civ.G. Vgl. Mot. z. Ges. u. Erläut. in v. Wilmowski Ausf.- u. Ueberg.-Ges. z. K.O. S. 22.

2) Zu Nr. 1. Die „Reichskasse“ ist nicht blos die Hauptkasse zu Berlin, sondern der Reichsfiskus. Ueber dessen rechtliche Stellung s. Rassow u. Küntzel Beitr. Bd. 23, S. 481 ff. Vgl. zu Nr. 1 ferner Vereinszollges. v. 1. Juli 1869 §§ 14, 100—134, 135, 156; B.G.Bl. S. 317; Reichsverf. Art. 33—40, R.G.B. 1871 S. 72; Prot. v. 15. Oktober u. 25. November 1870, B.G.Bl. S. 651, 657 und vom 23. November 1870 X., B.G.Bl. 1871 S. 25. Zollges. v. 15. Juli 1879, R.H.O. S. 207. Spielkartenstempel, Reichsges. v. 3. Juli 1878 §§ 2, 3, 10, 11, R.G.Bl. S. 133. — Ein Absond.R. besteht nicht wegen direkter Steuern außer dem Falle einer Pfändung zu Nr. 9. Mot. 208.

3) Zu Nr. 2. Das gemeinrechtlich (Windscheid § 231 Nr. 2) wie nach dem A.L.R. (Entsch. 6, 92) dem Verpächter an den Früchten anerkannte gesetzliche Pfandrecht ist als Absonderungsrecht auch ohne Gewahrsam des Verpächters an den Früchten für den Konkurs des Pächters statuirt. In welchem Umfange die Früchte haften sollen, hat nach den Mot. die K.O. absichtlich nicht bestimmen sollen und tritt daher ergänzend das bürgerliche Recht ein. An welchen Früchten das Pfandrecht besteht, ob nur an den geerndteten Früchten (röm. R.), an der laufenden Erndte und den noch vorhandenen Früchten aus früheren Erndten (franz. R.), an abgesonderten (preuß. A.L.R. I. 21 § 395, Entsch. 6, 92; 67, 82; Strieth. 15, 303), an nicht abgesonderten (P. § 33 Nr. 4, vgl. Koch zu P. § 33 Nr. 4), entscheidet das Civilrecht; ebenso ob der Verpächter im Falle einer Afterpacht sich an die dem Afterpächter gehörigen Früchte halten kann (gemeinrechtlich zu bejahen, Windscheid § 231 Nr. 2, für preuß. R. vgl. Anm. 4 am Schlusse.) „Entscheidend ist der Moment, mit welchem der Pächter das Eigenthum an den Früchten erwirbt; ob von ihrer Entstehung an, oder von ihrer Absonderung oder der Einerndtung. An eignen Sachen kann der Verpächter ein Pfandrecht nicht haben. So-

bald aber ein Pfandrecht desselben an den Früchten nach Civilrecht statthaft ist, gewährt es die K.O." Mot. 210. Die nach diesem Entstehungsmomente des Pfandrechts zur Zeit der K.Eröffnung auf dem Pachtgrundstücke befindlichen Früchte des G.Schuldners unterliegen dem K.Absonderungsrechte des Verpächters. Nach dem A.L.R. I. 9 § 221 sind die Früchte gleich bei ihrem Entstehen Eigenthum des Nutzungsberechtigten; nach röm. R. erst mit der Perzeption Eigenthum des Pächters. Dernburg I. § 234. — Hiernach ist auch eine Kollision des Verpächters mit anderen Pfandrechten zu entscheiden. Das nach dem A.L.R. mit dem Entstehen der Früchte entstehende Pfandrecht des Verpächters an ungetrennten Früchten hat also einem Mobiliarfaustpfandrechte, welches dann noch nicht durch Besitzübertragung zu ermöglichen ist, (auch nicht nach C.P.O. § 714) nicht zu weichen und ist auch für die abgesonderten vor der Möglichkeit eines solchen entstanden. Eine Kollision von Mobiliarpfandgläubigern mit Hypothekengläubigern ist sonach im Konkurse des Pächters nicht möglich und zu Gunsten der Hypothekengläubiger im Entstehen beseitigt. Im Konkurse des Verpächters bez. des Eigenthümers kommt dagegen in Betracht, daß das Grundstück mit den „stehenden und hängenden Früchten", sowie mit den vorhandenen abgesonderten, dem Eigenthümer gehörigen, wenn das Grundstück nicht verpachtet ist (oder dem Nutzungsrechte eines Andern unterliegt) und mit den Pacht-Zinsen, wenn es verpachtet ist, für die Hypothek haftet. (Eig.-Erw.-Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 30, 31. A.L.R. I. 20 § 21). Ueber das Vorrecht ist nach § 39 zu entscheiden, soweit die Objekte zur Immobiliarmasse gehören, was auch hinsichtlich der abgesonderten Früchte der Fall ist, so lange sie auf dem Grundstücke sich befinden. A.L.R. I. 2 §§ 45, 105; Entsch. 69, 83. Den Hypothekengläubigern gebührt, wenn der G.Schuldner verpachtet hat, das Vorrecht nur im Pachtzinse, während der Pächter (bez. dessen Gläubiger) als Nutzungsberechtigter die Früchte zu erhalten hat; nur wenn der G.Schuldner-Eigenthümer selbst nicht einem andern Nutzungsberechtigten zu weichen braucht, haben seine Hypotheken-Gläubiger das Recht auf die zur Immobiliarmasse gehörigen Früchte. Für das Verhältniß eines Hypothengläubigers einem Pfändungspfandrechte gegenüber (§ 41 Nr. 9) ist zu berücksichtigen, daß das Pfandrecht des Hypothekengläubigers schon mit dem Entstehen der Früchte nach A.L.R. I. 20 § 21 entsteht, also vor einer späteren Pfändung. Die Beschlagnahme, welche ein Hypothekengläubiger für sich veranlaßt, dient nur zur Verwirklichung des schon entstandenen Rechts. Vgl. betreffs des gemeinen Rechts: Stieglitz S. 281—284. v. Sarwey S. 306 ff.

4) Zu Nr. 2 und 4. Das Pfandrecht, welches auch außer dem Konkurse nach A.L.R. I. 21 § 395 der Vermiether und der Verpächter an den eingebrachten Sachen des Miethers bez. Pächters hat, mit der Illation der Sachen entstehend (Entsch. 6, 92), ist gemeinrechtlich außer dem Konkurse nur dem Vermiether, nicht dem Verpächter eingeräumt. Windscheid § 231 Nr. 2. Wo also ein Faustpfandrecht an beweglichen Sachen civilrechtlich nur durch Besitzübertragung erworben werden kann, (Bayern, Württemberg, Sachsen, vgl. v. Sarwey S. 303—305) ist dies Pfandrecht des Verpächters für den Konkurs neu eingeführt. Soweit das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen als Konkursabsonderungsrecht gemäß Nr. 2 und 4 nun gilt, ist es wesentlich aus den Gesetzesworten selbst zu erklären. Darnach gehört es zu den Erfordernissen zur Begründung dieses Rechts, daß die Sachen in das Grundstück eingebracht sind, und zur Zeit der K.Eröffnung sich noch auf demselben befinden und daß eine der in Nr. 2 und 4 bezeichneten Forderungen besteht. Das Recht entsteht kraft Gesetzes mit dem Einbringen der Sachen für die, wenngleich noch bedingten, bez. betagten demnächstigen Forderungen. Die römisch-rechtliche Fiktion eines stillschweigenden Vertrages hier anzunehmen, ist im Gesetze kein Grund gegeben.

Zu den eingebrachten Sachen gehören nicht blos die zu dauerndem Verbleiben bestimmten, sondern auch solche, welche dem Pacht- oder Miethszwecke entsprechend nur

zeitweise ihren Standort auf dem Grundstücke haben sollen, zu verkaufende Waaren u. s. w. R.O.H. 6, 282 ff.; Strieth. 95, 186. Nur die eingebrachten Sachen des Pächters bez. Miethers, welcher G.Schuldner ist, sind dem Rechte des § 41 an sich unterworfen. Fremde Sachen kann ihr Eigenthümer nach dem allgemeinen Grundsatze des § 35 vindiziren. Insofern dies Recht civilrechtlich einem Gläubiger gegenüber dadurch beschränkt ist, daß dem Pfandrecht des Verpächters oder Vermiethers auch diejenigen Sachen eines Dritten (d. h. nicht des G.Schuldners, sondern z. B. seiner Ehefrau) unterworfen sind, welche der Pächter oder Miether auch ohne Einwilligung des Eigenthümers zu verpfänden befugt ist, wie nach der preuß. Deklaration vom 21. Juli 1846, ist dies von der Vorschrift des § 41 Nr. 2, 4 nicht berührt und außerhalb des Konkurses zwischen dem Gläubiger und dem Dritten geltend zu machen. Die in der P. § 33 Nr. 4 enthaltene Ausdehnung der eingebrachten Sachen (außer denen, welche dem „Pächter oder Miether" gehören) auf „diejenigen, welche er ohne Einwilligung des Eigenthümers zu verpfänden befugt ist", hat die K.O. nicht aufgenommen. Die Mot. bemerken dazu: „Ein solcher Satz findet in einer K.O. nicht die richtige Stelle. Ob das Pfandrecht des Verpächters und Vermiethers sich auch auf die nicht dem G.-Schuldner, sondern einem Dritten gehörigen Sachen erstreckt, liegt außerhalb des K.-Rechts und bestimmt sich lediglich nach dem bürgerlichen Rechte. Dasselbe gilt für die Befugniß des Verpächters und Vermiethers, sich für seine Forderungen gegen den G.-Schuldner an die Illaten eines Afterpächters und Aftermiethers und im Falle der Afterpacht an die dem Afterpächter gehörigen Früchte des Pachtgrundstücks zu halten." Mot. 209, 210. Die Bemerkungen sind unzweifelhaft richtig, sofern es sich um einen Konkurs handelt, welcher über das Vermögen des Pächters oder Miethers eröffnet ist. Falls dagegen über das Vermögen des Dritten Konkurs eröffnet ist, über dessen Sachen ein Pächter oder Miether ohne dessen Einwilligung zu verfügen befugt ist — der Fall ist häufig praktisch —, liegt die Frage nicht außerhalb des K.Rechts. Für diesen Fall ist das Pfandrecht der P. und der Deklaration v. 21. Juli 1846 in Folge der Beseitigung jener Ausdehnung für den Konkurs nicht aufrecht erhalten, und nur für die Anwendbarkeit außerhalb des Konkurses anwendbar geblieben; da der Pfandgläubiger weder den Gewahrsam solcher Sachen hat, noch Verpächter oder Vermiether des G.Schuldners ist, also Nr. 2, 4 zu seinen Gunsten nicht Anwendung finden. Da die Mot. offenbar nur den Konkurs des Pächters im Auge haben, soll beabsichtigter Weise nur an dessen Sachen das Absonderungsrecht gestattet sein. So auch Stieglitz S. 289; v. Sarwey S. 314 ff.; Petersen S. 211, 212. (A.M. v. Völderndorff I. S. 441, 442, 452 ff., welcher alle eingebrachten, wenngleich einem Dritten gehörigen Sachen dem Absonderungsrechte unterwerfen will).

Für den Fall des Konkurses über das Vermögen eines Afterpächters — einen praktisch ebenfalls nicht seltenen Fall — ist unzweifelhaft der Afterverpächter im Sinne des § 41 sein Verpächter, Entsch. 8, 292. Der Hauptverpächter ist als solcher im Sinne des § 41 jedenfalls dann anzusehen, wenn durch seinen Beitritt zur Afterverpachtung ein unmittelbares Verhältniß zwischen ihm und dem Afterpächter hergestellt ist. A.L.R. I. 21 § 322; Strieth. 52, 1. Ob der Afterverpächter auch ohne ein solches unmittelbares Verhältniß als Verpächter im Sinne des § 41 zu erachten ist, entscheidet sich nach dem bürgerlichen Rechte; es ist anzunehmen, soweit nach dem bürgerlichen Rechte der Afterverpächter wegen der ihm gegen seinen Pächter zustehenden Zins- und anderer Forderungen an die Früchte und Sachen des Afterpächters sich halten kann. Für das gemeine Recht wird dies angenommen; für das preuß. Recht ist es bestritten. Vgl. Dernburg Pfandrecht I. S. 305 ff., 311; Förster Anm. zu II. § 136; zu Entsch. 1, 160. Dernburg Preuß. Privatr. I. § 364 Anm. 6. Sofern der erste Verpächter nicht als Verpächter für den Afterpächter anzusehen ist, hat der Erstere im Konkurse des Letzteren nicht die

Rechte eines Verpächters. Was von der Afterverpachtung, gilt auch von der Aftervermiethung. Außer an den Früchten und Sachen ist ein Vorrecht des Verpächters oder Vermiethers an der Forderung des Miethers oder Pächters gegen dessen Untermiether oder Unterpächter nicht aufgestellt. Mot. 210. Ueber das Verhältniß der civilrechtlichen Vorschriften, welche noch weitergehende Rechte bewilligen, vgl. Anm. 1 am Schlusse.

5) Zu Nr. 2 und 4. Zur Erhaltung des Pfandrechts ist nicht nöthig, daß der Verpächter oder Vermiether schon vor der K.Eröffnung den Besitz der Sachen bez. Früchte ergriffen und schon vorher das ihm zustehende Zurückbehaltungsrecht ausgeübt hat. Der desfallsige, in P. § 33 Nr. 4 enthaltene, Vorbehalt ist zur Vermeidung dieses Mißverständnisses nicht aufgenommen. Voraussetzung des Rechts aus § 41 Nr. 2, 4 ist allerdings, daß es nicht schon vorher verloren ist. Hierfür soll jedoch allein entscheidend sein, ob Sachen noch zur Zeit der K.Eröffnung auf dem Grundstücke waren. War dies der Fall, so geht das Recht nicht dadurch verloren, daß ohne Widerspruch des Gläubigers Illaten und Sachen zur K.Masse gezogen bez. verkauft waren. Wenngleich der Verpächter das Grundstück bez. die Früchte und Illaten nicht in seinem Gewahrsam hat, so ist das Recht des Verpächters und Vermiethers zufolge einer der symbolischen Tradition analogen Begriffserweiterung als dinglich wirkend und erkennbar anerkannt, weil die Illation ihm das Recht und die thatsächliche Möglichkeit verleiht, sich jederzeit in den Gewahrsam der Sachen zu setzen. Diese Dinglichkeit und damit das Recht bestehen so lange, als die thatsächliche Möglichkeit sofortiger Besitzergreifung besteht, so lange also als Sachen und Früchte „sich noch auf dem Grundstücke befinden."

In den Mot. 211 ist ferner bemerkt: Waren die Sachen bez. Früchte schon vor der K.Eröffnung „nicht heimlich und nicht gewaltsam" entfernt, so hatte der Berechtigte mit dem Besitzverhältnisse das Pfandrecht verloren; ebenso wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung abgefändet wurden und er seine Rechte dabei nicht entsprechend (C.PO. § 710) geltend gemacht hatte. Kollisionen des Vermiethers oder Verpächters mit einem dritten Käufer oder Besitzer der Sachen sind nach Civilrecht zu entscheiden. Mot. 210, 211. Im Gegensatz polemisiren Stieglitz S. 288; v. Sarwey S. 316 und v. Völderndorff I. S. 454, gegen die Annahme der Motive, daß das Pfandrecht durch Entfernung nicht verloren sein soll, wenn die Sachen heimlich oder gewaltsam entfernt sind; für die Geltendmachung des Konkursabsonderungsrechts solle es nach dem Wortlaute der Nr. 2 und 4 erforderlich sein, daß sich die Sachen noch auf dem Grundstücke befinden. Indeß in gleicher Weise, wie die Praxis den § 395 A.L.R. I. 21, daß die Sachen noch im Hause oder Gute vorhanden sein sollen, dahin ausgelegt hat, daß sie für das Recht des Vermiethers bez. Verpächters auch bei heimlicher oder gewaltsamer Entfernung noch als vorhanden gelten, soweit nicht Rechte redlicher Dritter entgegenstehen, ebenso ist die gleiche Auslegung hier gerechtfertigt, um nicht „dem dolus Thür und Thor zu öffnen." Dernburg I. § 364 Anm. 8; Petersen S. 216; R.O.H. 6, 285—293; Strieth. 6, 43; 11, 81; Förster § 136 zu V.

6) Zu Nr. 3. Pfandrecht des Pächters am Inventar wegen Forderungen für dasselbe. Voraussetzung ist für Nr. 3, daß über das Vermögen des Verpächters der Konkurs eröffnet ist und daß das Inventar als Eigenthum des Verpächters zu dessen K.Masse gehört. Dies ist nach dem preuß. A.L.R. der Fall; das Inventar gilt „als Inbegriff, welcher trotz Vermehrung, Verringerung, Verschlechterung oder Verbesserung Eigenthum des Verpächters bleibt, wenn nicht das Gegentheil bedungen ist." Vgl. A.L.R. I. 21 §§ 452 ff., 466 ff.; Entsch. 47, 208; Strieth. 44, 315. Prinzipiell sind „die Ansprüche des Pächters auf Herausgabe des Plus- und Superinventars oder Entschädigung obligatorischer Natur". Der Pächter ist jedoch hinsichtlich der ihm für das Inventar gegen den Verpächter zustehenden Rechte durch den Besitz des Inventars

gesichert. Eine Pfändung des Inventars, welche zu Gunsten eines Gläubigers des Verpächters erfolgen sollte, kann der Pächter als Besitzer verhindern. Vgl. C.P.O. §§ 710, 712, 713. Läßt er sich die Entziehung des Besitzes ausdrücklich oder stillschweigend gefallen, so verliert er sein Absonderungsrecht. Für das Verfahren gegenüber der Konkursmasse sind hier, wie für alle Absonderungsberechtigte die Grundsätze des § 117 maßgebend. — Das Absonderungsrecht aus No. 3 ist dem Pächter nur an dem in seinem Gewahrsam befindlichen Inventar und nur wegen seiner Forderungen für das Inventar, also für dessen Unterhaltung, Erneuerung, Vermehrung und Verbesserung gegeben.

Für andere K.Forderungen, welche dem Pächter gegen den G.Schuldner zustehen, insbesondere auch für die Rückgewähr einer Kaution hat er, (abgesehen von der Bestellung eines Faustpfandrechts oder einer Hypothek) keinen Absonderungsanspruch. Vgl. Anm. 5 zu § 21 und Anm. 4 zu § 52.

Für andere Fälle als unter den Voraussetzungen der Nr. 3 ist ein Bedürfniß zur Sicherung der Rechte hinsichtlich des Inventars im Pachtverhältnisse nicht vorhanden. Ist das Inventar nach Landesrecht oder Abrede Eigenthum des Pächters geworden, so nimmt er es als Eigenthümer im Konkurse des Verpächters zurück. Im Konkurse des Pächters ist der Verpächter in entsprechender Weise durch Zurücknahme seines Eigenthums oder durch Nr. 2 gesichert. Mot. 211, 212.

7) Zu Nr. 2 und 4. Bestimmung des laufenden und rückständigen Zinses für das Pfandrecht des Verpächters und des Vermiethers. Nicht die gesetzliche bez. vertragsmäßige Fälligkeit entscheidet hier darüber, wann ein Zins rückständig war, sondern der Tag der K.Eröffnung im Anschlusse an die Bestimmungen des § 52 Nr. 2 und § 54 Nr. 1. Vgl. Anm. 4 zu § 52. Anm. 2 zu § 54. Der laufende Zins ist für die Zeit vom Tage der K.Eröffnung ab zu berechnen. Die Beschränkung des Vermiethers (Nr. 4) auf den Zinsrückstand des letzten Jahres ist dem Verpächter (Nr. 2) nicht angesonnen, damit er im Interesse des Pächters und dadurch auch seiner Gläubiger bei Nothständen in der Lage bleibt, stunden zu können. Mot. 209. Aus diesem Grunde wurde auch in der R.K. ein Antrag, das Recht des Verpächters auf einen einjährigen Zinsrückstand zu beschränken, abgelehnt. Prot. 39, 40.

Das Recht des Verpächters und des Vermiethers ist in Nr. 2 und 4 nur wegen des laufenden und wegen des, von der K. Eröffnung zurückgerechnet, rückständigen Zinses den Faustpfandgläubigern bez. dem Pfändungspfandgläubiger, Nr. 9, gleichgestellt. Nach § 7 preuß. Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 findet auch außerhalb des Konkursverfahrens diese Vorschrift für das Verhältniß der Gläubiger des G.Schuldners unter einander „entsprechende" Anwendung, und besteht für andere Forderungen auch außerhalb des Konkursverfahrens kein Absonderungsrecht. Für die frühere Zeit ist die Art der entsprechenden Anwendbarkeit eine unzweifelhafte; wie für den Konkurs der Jahresrückstand gemäß Nr. 4 von der K.Eröffnung zurückzurechnen ist, so ist er für das Verhältniß zum Pfändungspfandgläubiger außerhalb des Konkurses von der Pfändung zurückzurechnen. Streitig ist, welcher Zins für die Zeit nach der K.Eröffnung bez. der Pfändung als „laufender" anzusehen ist. Für den Konkurs hat diese Frage keine praktische Wichtigkeit, da die Pacht- bez. Miethzinsen für die Zeit nach der K.Eröffnung nach § 52 Nr. 2 Masseschulden sind. Desto wichtiger ist die Frage für das Verhältniß außerhalb des Konkurses. Das Pfandrecht der Vermiether und Verpächter ist aus sachlichen Gründen für das Mieths- und Pachtverhältniß gegeben, und bei „entsprechender" Berücksichtigung der verschiedenen Stellung des Vermiethers bez. Verpächters zu den Vermögensobjekten seines Schuldners im bez. außer dem Konkurse kann dem Ersteren außerhalb des Konkurses offenbar nicht zugemuthet werden, daß er sich wegen der früheren Zeit lediglich an den Schuldner persönlich halte und kein Pfandrecht mehr habe. Die Sicherung, welche den Verpächtern und Vermiethern für die folgende Zeit

nach der K.Eröffnung im Konkurse dadurch gewährt wird, daß der Zins eine Masseschuld ist, können ihnen außerhalb des Konkurses entsprechend nur dadurch gewährt werden, wenn das Pfandrecht an den gepfändeten Sachen als auch für den Zins der ferneren Zeit bestehend erachtet wird. Jede andere Anwendung würde keine „entsprechende" sein. Der laufende Zins ist demnach außerhalb des K.Verfahrens für die gesammte fernere Zeit zu berechnen, so lange das Mieth- bez. Pachtverhältniß noch dauert; ohne Rücksicht auf die kontraktliche, übliche oder gesetzliche Terminszeit der Zahlung der Zinsraten. Demgemäß wird auch von den meisten Kammern des Landgerichts I. zu Berlin entschieden; nur vereinzelt von einigen anders.

8) Zu Nr. 5—8. Das Absonderungsrecht zu Nr. 5 steht und fällt mit dem Aufgeben des Besitzes, ebenso die zu Nr. 1, 3, 6, 7. Anträge in der R.K. statt der Fälle unter Nr. 5—7 Allen, denen nach den Landesgesetzen ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, hinsichtlich der retinirten Objekte ein Absonderungsrecht zu bewilligen, bez. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im weiteren Umfange ein Zurückbehaltungsrecht zulassen und dem Retentionsberechtigten das Recht auf abgesonderte Befriedigung gewähren, aufrecht zu erhalten, wurden abgelehnt. Prot. 40, 41, 201—203. Vgl. preuß. A.L.R. I. 20 § 566.

Unter Nr. 5—8 sind diejenigen Retentionsrechte bezeichnet, für welche allein die K.O. ein Absonderungsrecht bewilligt. Vorausgesetzt ist für alle, daß sie für eine Konkursforderung geltend gemacht werden. Für Masseansprüche können dagegen alle nach bürgerlichem Rechte zulässigen Retentionsrechte geltend gemacht werden; da diese außerhalb des K.Verfahrens fallen. Für Forderungen, welche in Folge der Anfechtung von Rechtsgeschäften begründet und nicht Masseschulden sind, hat dagegen ein Retentionsrecht keine Wirkung im Konkurse, da hierfür ein Absonderungsrecht nicht bewilligt ist. Vgl. über Retentionsrechte und ihr Verhältniß zum Pfandrechte Dernburg I. §§ 362, 363. R.O.H. 6, 285 ff.

Der Anspruch, welchen nach dem A.L.R. der redliche Besitzer gegenüber der Vindikation auf Erstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises hat, ist nicht ein bloßes Retentionsrecht, sondern eine Beschränkung des Vindikationsrechts, welches hierdurch auf ein Einlösungsrecht reduzirt wird, und ist also nicht blos eine Konkursforderung. Mot. 213. Dernburg I. § 188 S. 419. Dies gilt für die Ansprüche des zurückgewährenden Besitzers aber nur, soweit nach dem bürgerlichen Rechte eine solche Qualifikation begründet ist, was gemeinrechtlich für Erstattungsansprüche des Besitzers nicht der Fall ist. v. Sarwey S. 319. Soweit nicht, sind sie Konkursforderungen.

Zu Nr. 5. Gastwirthe im Sinne der Nr. 5 sind nach der ratio legis und nach der Natur der bevorzugten Forderungen Alle, welche gewerbsmäßig einem „Gaste" „Wohnung" oder „Bewirthung" gewähren, auch wenn sie nur beherbergen (Hotel garni) oder nur bewirthen (Schankwirthe). v. Völderndorff I. S. 458. Die „Bewirthung" umfaßt dem Sprachgebrauche gemäß nicht blos die Kost, sondern alle Verwendungen, welche seitens eines Gastwirths üblich sind und Theile seiner Wirthsrechnung zu sein pflegen, also für Servis, Lichte u. dergl., auch Beschädigungen; nicht aber Vorschüsse, welche außerhalb der üblichen Gastwirthsauslagen gemacht sind. v. Völderndorff I. S. 458. Ein „Gast" ist der Schuldner nur, wenn er ein zeitweise Einkehrender ist; hat er sich förmlich eingemiethet, so tritt das Miethsverhältniß in den Vordergrund und ist Nr. 4 für das Verhältniß bestimmend.

Das Pfandrecht besteht in Ansehung aller vom Gaste „eingebrachten Sachen", welche entweder in den Gasthof oder in die dazu gehörigen Räume, wenngleich vor dem Gasthofe, von dem Gaste selbst oder von Anderen für ihn eingebracht oder schon vorher vom Wirthe oder dessen Leuten zu diesem Zwecke übernommen sind. Entsch. 11, 367; 33, 107. Strieth. 21, 309; 55, 48. R.G. I. 83. Vgl. A.L.R. II. 8 §§ 454, 445 ff.

„Zurückbehalten" sind die Sachen vom Wirthe, wenn sie in seinen Räumen bleiben und zur Zeit der K.Eröffnung darin befindlich sind. Einer besonderen Besitzergreifung des Wirths oder einer ausdrücklichen sichtbaren Zurückbehaltung oder Erklärung bedarf es nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht. Petersen S. 218. A.M. v. Sarwey S. 318; v. Völderndorff I. S. 460. Auf fremde Sachen eines Dritten ist das Recht nicht ausgedehnt; es gilt darüber das in Anm. 1 und 4 Bemerkte. A.M. v. Völderndorff I. S. 441, 442.

9) Zu Nr. 6. Zu beachten ist, daß §§ 40, 41, also auch Nr. 6 (ebenso wie P. § 33 Nr. 9) nur bewegliche Sachen als Gegenstand der Absonderungsrechte betreffen. Werkmeister, welche auf dem Grundstücke des G.Schuldners Bauten unternehmen, können daher auf Grund dieser Bestimmung nicht ein Retentions- und Absonderungsrecht an den Bauten beanspruchen, sondern sind hinsichtlich ihrer Rechte in Betreff des Grundstücks nach § 39 zu beurtheilen (Erk. d. Stadtger. Berlin in S. Hollstein wider Pomm. Centralbahn vom 5. Juli 1875). Sie sind hinsichtlich eines angefangenen Baues, wenn der Verwalter die Vertragserfüllung ablehnt, K.Gläubiger, § 15, nicht Massegläubiger. R.O.H. 21, 68.

Das Recht aus Nr. 6 ist nur wegen der Forderungen für Arbeit und Auslagen, nicht für andere Unkosten gegeben. An den betroffenen Sachen muß der Berechtigte zur Zeit der K.Eröffnung noch den Gewahrsam gehabt haben, vgl. Anm. 8. Ob dann für den G.Schuldner oder die Masse noch ein Vortheil vorhanden oder ein solcher überhaupt entstanden war, ist abweichend von Nr. 7 unerheblich. — Bei Konkurrenz mehrerer Forderungsberechtigten bei demselben Objekte, z. B. beim Auftrage zur Herstellung eines Wagens, hat der Besitzende das Recht. Vorausgesetzt ist immer, daß der Berechtigte eine K.Forderung gegen den G.Schuldner hat. War Einem die Gesammterledigung übertragen, so hat dieser für sich und die von ihm Beschäftigten das Recht. Stieglitz S. 295.

10) Zu Nr. 7. Vorausgesetzt ist für das Recht aus Nr. 7 eine „Forderung aus der Verwendung" und zwar zum Nutzen einer zur K.Masse gehörigen Sache. Ob und wieweit eine solche „Forderung" begründet ist, ist daher nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Dagegen ist es für die Einräumung des Rechts aus Nr. 7 nicht nöthig erklärt, daß der Forderung auch schon durch das bürgerliche Recht ein Pfand- oder Retentionsrecht außerhalb des Konkurses bewilligt ist. Vielmehr giebt § 41 demjenigen, welcher eine civilrechtlich gültige Forderung aus der nützlichen Verwendung hat, für den Konkurs das Absonderungsrecht im Umfange der Vorschrift zu Nr. 7. — Eine weitere Voraussetzung für dies Recht liegt darin, daß aus der Verwendung noch und zwar zur Zeit der K.Eröffnung ein Vortheil vorhanden sein muß; weil nur dann und nur bis zur Höhe eines solchen Vortheils das Recht eingeräumt ist. Für die Beurtheilung, ob ein Vortheil und in welcher Höhe er vorhanden ist, bleibt zu berücksichtigen, in welchem Zustande der G.Schuldner gegenüber dem Berechtigten die Sache, abgesehen von der Verwendung und von dem Grunde der Verwendung, zu fordern berechtigt ist, sowie daß der Vortheil für den G.Schuldner bez. die Masse vorhanden sein muß. Im Uebrigen ist dies Thatfrage. Die Existenz und die Höhe des Vortheils bilden jedoch nach Nr. 7 einen Theil des Klagegrundes und sind daher von dem Berechtigten nachzuweisen. Auch hier, wie Anm. 9 zu Nr. 6, ist dies Recht auf bewegliche Sachen im Gegensatze zu § 39 beschränkt. Anm. 1 zu § 39. — Vgl. auch Anm. 8.

11) Zu Nr. 8. Kaufmännische Pfand- und Retentions-Rechte. Die gesetzlichen Pfandrechte, welche das H.G. gewährt und Nr. 8 aufrecht erhält, sind: „das Pfandrecht des Kommissionärs am Kommissionsgut und das Absonderungsrecht desselben an den als Forderungen des Kommittenten geltenden (Art. 368 Abs. 2) ausstehenden Kommissionsforderungen, Art. 374 Abs. 1, 2 (und 375); das Pfandrecht der Spediteure

und Frachtführer am Frachtgute, Art. 382, 409, 410 (und 411, 412), sowie der Verfrachter im Seehandel gegenüber dem Empfänger, Art. 624, 626, 613 (627—629), dem Befrachter, Art. 629 und dem Reisenden, Art. 675; die Pfandrechte der Vergütungsberechtigten bei großer Haverei, Art. 727, der Gläubiger wegen Bergungs- und Hülfskosten, Art. 753 (vgl. Strandungsordn. §§ 20, 21; R.G.Bl. 1874 S. 73), die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger, Art. 757 ff.; das Pfandrecht des Versicherungsnehmers an der Polize und der Forderung des Versicherten gegen den Versicherer, Art. 893". Mot. 215, 465. E.G. § 3 Abs. 1.

12) Das Retentionsrecht des H.G. Art. 313—315 für Forderungen eines Kaufmanns aus den zwischen zwei Kaufleuten geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften an allen beweglichen Sachen und Werthpapieren des G.Schuldner-Kaufmanns, die mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, ist aufrecht erhalten; aber auch nur im Umfange des H.G. ohne Ausdehnung auf Andere als Kaufleute oder auf andere als beiderseitige Handelsgeschäfte. Auch dies Retentionsrecht steht und fällt mit dem Besitze der Sache. Mot. 214, 215. Vgl. R.O.H. 2, 77, 383; 5, 304; 7, 213; 9, 241; 10, 70, 162; 12, 27; 14, 101; 15, 99, 363; 17, 292, 351; 18, 274; 19, 57, 369. Der Bevollmächtigte, welcher nicht Kommissionär ist, hat wegen seiner Forderungen kein im Konkurse wirksames Absonderungsrecht an den von ihm besessenen Sachen seines Mandanten. — Zur Begründung des Retentionsrechts ist nöthig, daß die Sachen mit dem Willen des Schuldners in den Besitz des Retinenten gekommen sind. Das Retentionsrecht war durch Art. 30 preuß. Einf.Ges. z. H.G.B. nach P. §§ 100, 101 Nr. 1 anfechtbar erklärt und war hierzu die seitens des G.Schuldners erfolgte Besitzüberlassung an den Sachen bez. Werthpapieren der Bestellung eines Pfandes gleichgestellt. Vgl. R.O.H. 24, 108. Durch die Regelung der Anfechtungsrechte in den §§ 22 ff. u. E.G. § 4 ist der Art. 30 aufgehoben. Die Besitzüberlassung ist jedoch, wenngleich ohne die Fiktion, daß sie einer Pfandbestellung gleich stehe, eine Rechtshandlung des G.Schuldners bez. ein Rechtsgeschäft desselben. Sie ist also auch jetzt in dieser Eigenschaft unter den Voraussetzungen der §§ 22 ff. anfechtbar.

13) Zu Nr. 9. Pfändungspfandrecht. Voraussetzung ist eine gesetzliche Pfändung. Als solche wirkt vor Allem die im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung oder des gerichtlichen Arrestes erfolgte gemäß C.P.O. §§ 709, 808, 810. Die einzelnen Pfändungspfandrechte rangiren nach der Priorität unter einander. Es genügt indeß auch eine im Verwaltungswege erfolgende Sicherungs- oder Vollstreckungspfändung, soweit sie gesetzlich als Pfändung anerkannt ist; ebenso jede andere als gesetzlich nach Landesrecht anerkannte Pfändung. Vgl. preuß. Ausf.Ges. v. 24. März 1879 § 14: „Die Vorschriften der C.P.O. über die Wirkungen der Pfändung finden entsprechende Anwendung auf die auf Grund einer Entscheidung oder Anordnung der zuständigen Verwaltungsbehörde, eines Verwaltungsgerichts, einer Auseinandersetzungsbehörde oder eines solchen Instituts, dem die Befugniß zur Zwangsvollstreckung zusteht, bewirkte Pfändung." Uebergangsges. v. 31. März 1879 §§ 32, 13 ff. Im E. I. § 49 waren diejenigen, welche „im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch Pfändung auf frischer That ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Sachen" als berechtigt bezeichnet; und in den Mot. v. 1873 S. 286 war als der Zwangsvollstreckung gleichzustellen erwähnt „die Pfändung, die beim widerrechtlichen Betreten eines Grundstücks geschieht, sofern die Landesgesetze ein gesetzliches Pfandrecht an der gepfändeten Sache anerkennen, vgl. königl. sächs. B.G. §§ 488 ff., 493; hann. Pfandg. § 105 und die verschied. Feldpolizei- und Landgem.-Ordn." Die Vork. substituirte dafür die allgemeine Bezeichnung: „durch Pfändung". Sie umfaßt insbesondere auch die Arrestpfändung, C.P.O. § 810, mit der durch die Natur des Arrestes gegebenen Wirkung des bedingten Pfandrechts und der durch die Pfändungszeit begründeten Priorität für den Fall des Eintritts der Be-

dingung. In Gemäßheit der allgemeinen Bezeichnung: „Pfändung" muß aber auch jede gesetzliche Pfändung als genügender Grund anerkannt werden, und nicht blos, wie in den Mot. S. 215 neben der Erwähnung der C.P.O. allein bemerkt ist, eine Verwaltungspfändung, „sofern das Landesrecht einer solchen die gleiche Wirkung, wie einer nach Maßgabe der C.P.O. erfolgenden Pfändung beilegt". Diese Wirkung ist schon durch § 41 Nr. 9 jeder gesetzlichen Pfändung beigelegt. Vgl. preuß. Feldpolizei-Ordn. vom 1. Novbr. 1847 §§ 4 ff.; A.L.R. I. 14 §§ 413 ff.

14) Hinsichtlich des Verhältnisses des Pfändungspfandrechts zu anderen Pfand- und Absonderungsrechten an beweglichen Sachen ist zu berücksichtigen: Das Pfändungspfandrecht geht auch außer dem Konkurse allen nicht gemäß §§ 40, 41 begründeten Pfand- und Vorzugsrechten vor. C.P.O. § 709. Gegenüber einem nach §§ 40, 41 begründeten Rechte ist wesentlich, daß die Pfändung körperlicher Sachen nur durch die Besitznahme des Gerichtsvollziehers bez. Ersichtlichmachung der Pfändung bewirkt wird. C.P.O. §§ 712, 713. Eine Kollision derselben mit gesetzlichen oder vertragsmäßigen Besitz-Pfandrechten und mit den nur beim Besitze des Gläubigers zulässigen Quasi-Faustpfandrechten zu § 41 Nr. 1, 3, 5 bis 8 ist also nicht möglich; auch nicht außerhalb des Konkurses mit denjenigen zu Nr. 2 und 4, für welche nach dem bürgerlichen Rechte Gewahrsam des Gläubigers nöthig ist. Denn wenn solche Gläubiger im Besitze sind, kann eine Pfändung nicht erfolgen und, wenn dennoch erfolgt, als widerrechtlich beseitigt werden, C.P.O. §§ 685, 690; geben aber solche Gläubiger die Sachen heraus oder lassen sie die Pfändung geschehen, so verlieren sie mit dem Besitze ihr Pfandrecht. Möglich ist eine Kollision mit den nach Nr. 2 und 4 begründeten Pfand- bez. Absonderungsrechten, welche einen Gewahrsam des Gläubigers nicht bedingen; der Verpächter und der Vermiether, welcher nicht im Besitze ist, kann die Pfändung für andere Gläubiger nicht hindern. In einer solchen Kollision entscheidet die frühere Zeit der Entstehung des Pfandrechts, mit Rücksicht auf den Grundsatz, daß der Später-Berechtigte Rechte bezüglich einer Sache nur für denjenigen Rechtszustand der Sache erwerben kann, in welchem sie sich, mit gültig konstituirten Rechten belastet, zur Zeit seines Erwerbs bereits befindet. A.L.R. Einl. § 100; Mandry S. 277.

Die Pfändung einer Forderung wird durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner bewirkt. C.P.O. § 730. Das Pfandrecht kann mit den Pfandrechten aus § 41 Nr. 1 bis 7 und den kaufmännischen Retentionsrechten zu Nr. 8 nicht kollidiren, weil diese nur körperliche Sachen, nicht Forderungen betreffen, bez. zu Nr. 8 Sachen und die gleich zu behandelnden Werthpapiere, C.P.O. § 722. Möglich ist eine Kollision mit den gesetzlichen Pfandrechten gemäß § 41 Nr. 8 und den vertragsmäßigen Pfandbestellungen, § 40. Auch hier hat nach demselben obigen Grundsatze die Entstehungszeit des Pfandrechts zu entscheiden. Dasselbe gilt für die Pfandrechte an anderen Vermögensrechten, C.P.O. § 754.

Das Pfändungspfandrecht der Nr. 9 und der C.P.O. § 709 ist für die Fälle, in welchen dem Schuldner nach der C.P.O. nachgelassen ist, die Zwangsvollstreckung durch Sicherstellung oder Hinterlegung abzuwenden, hinsichtlich der Sicherungsobjekte und des hinterlegten Betrages nicht begründet. Die civilrechtlichen Folgen dieser Sicherstellungen und Hinterlegungen sollten durch die C.P.O. zur Vermeidung von Eingriffen in das materielle Recht nicht näher bestimmt werden. Sie richten sich nach den Grundsätzen, welche gemäß dem Civilrechte aus den Begriffen der „Sicherheitsleistung" und der „Hinterlegung", wie sie in der C.P.O. §§ 647, 652, 657, 659, 688 ff., 710 Abs. 4 716 Abs. 2, 720, 728, 738 bezeichnet werden, und aus ihrem Zwecke folgen. Bei der Berathung der Reichsjustizkommission über die C.P.O. wurde zwar in erster Lesung zum § 709 ein Zusatz (Abs. 4) dahin beschlossen: „durch die Sicherheitsleistung des Schuldners erwirbt der Gläubiger an den hinterlegten Werthobjekten in gleicher Weise

Pfandrecht, wie durch die Pfändung an dem gepfändeten Gegenstande." Prot. z. C.P.O. 370—374. Dieser Zusatz wurde aber von der R.J.K. wieder gestrichen, weil es zweifelhaft wurde, ob dies Pfandrecht zu den Pfändungspfandrechten des § 41 Nr. 9 K.O. oder zu den Faustpfandrechten des § 40 K.O. gehören solle, und es nicht gerathen sei, durch eine solche Einzelbestimmung in das materielle Recht einzugreifen, während man in der R.J.K. einig war, daß auch ohne jenen Zusatz die Sicherstellung nach dem Systeme der C.P.O. und der K.O. das Pfandrecht und das Konkursseparationsrecht (des § 40 K.O.) gewähre. Prot. z. C.P.O. 713—716. Die Sicherheitsleistung muß, um ihrer Bestimmung zu entsprechen, gemäß C.P.O. § 101, unter Beobachtung der civilrechtlich nöthigen Förmlichkeiten erfolgen, und gewährt unter dieser Voraussetzung sowohl civilrechtlich ein außerhalb des Konkurses wirksames Pfandrecht, als auch ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 für den Konkurs. Anm. 2, 3 zu § 40. (Vgl. preuß. A.L.R. I. 14 §§ 178 ff., 195, 199; I. 20 §§ 1 ff., 94, 197, 210, 212.)

Von der Sicherheitsleistung ist die neben derselben in der C.P.O. § 652 dem Schuldner rücksichtlich einer Zwangsvollstreckung nachgelassene Hinterlegung des Schuldbetrags zu unterscheiden. Sie führt zur Zahlung des Betrages an den obsiegenden einen oder anderen Theil. Ihre juristische Konstruktion (ob bedingte Zahlung? Deposition eines Streitobjekts? Sicherheitsbestellung?) ist zweifelhaft und nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Die Folgen insbesondere hinsichtlich des Zinsenlaufs, der Zulässigkeit und Natur der Rechte Dritter, und der Frage, wer die Gefahr des hinterlegten Betrages trägt, sind je nach der civilrechtlichen Konstruktion verschieden. In jedem Falle giebt die Hinterlegung nach Zweck und Grund der Bestimmung dem Gläubiger das Recht, im Falle des Obsiegens bis nach seiner Befriedigung sowohl den Schuldner, als auch Andere, welche als Gläubiger desselben darauf Anspruch machen wollen, von dem hinterlegten Objekte auszuschließen und gewährt dem Gläubiger im Konkurse entweder das Absonderungsrecht eines Faustpfandgläubigers oder ein Aussonderungsrecht. Vgl. Prot. z. C.P.O. 716—719. Prot. z. K.O. 43—45, 150. Nach preuß. Rechte hat eine solche Hinterlegung denselben Charakter, wie diejenige Deposition, welche im Falle einer Nichtigkeitsbeschwerde bez. eines Rekurses nach § 10 Verordn. v. 14. Dezember 1833 und §§ 12, 2 Ges. v. 20. März 1854 dem Verurtheilten gestattet war: „die streitige Sache oder Summe in gerichtlichen Gewahrsam zu geben" und sich „dadurch vor der wirklichen Vollstreckung des Urtheils zu schützen." Es ist nicht eine Deposition im Sinne und mit den Wirkungen der §§ 213 ff. A.L.R. I. 16 als eines vom Schuldner gewollten Mittels, um sich von einer zugestandenen Schuld zu befreien; sondern der Schuldner hat sich seines Eigenthums und Besitzes zu Gunsten des Gläubigers, für welchen die Hinterlegungsbehörde das Objekt in Gewahrsam hat, lediglich mit dem Vorbehalte des einstweiligen Drittgewahrsams und der Rückforderung für den Fall seines Obsiegens entschlagen müssen. Es ist eine, nur durch diesen Vorbehalt bedingte Erfüllung; der Gläubiger erlangt das Eigenthum, ohne daß es einer besonderen Uebergabe der Hinterlegungsbehörde an ihn bedarf und dies Eigenthum bleibt ihm, sobald in Folge seines Obsiegens der Resolutiv-Vorbehalt fortfällt. Strieth. 15, 209; 38, 288; 83, 185. Präj. Nr. 1225. A.L.R. I. 16 §§ 160 ff. Der Gläubiger erlangt dadurch ein Recht auf Aussonderung im Konkurse im Sinne des § 35. Wird eine, nicht mehr der unbedingten Verfügungsgewalt des Schuldners unterworfene, sondern zu Gunsten Dritter belastete Sache hinterlegt, so können (wie auch bei anderen Hinterlegungen aus diesem Grunde) die Rechte Dritter in Betracht kommen. Strieth. 74, 28.

Nicht als Hinterlegung in diesem Sinne, sondern als Sicherheitsleistung sind die Fälle der C.P.O. § 659 anzusehen, wonach der Gerichtsvollzieher verpflichtet und damit auch berechtigt erklärt ist (an Stelle des Schuldners), den Erlös zu hinterlegen; ebenso die Fälle der C.P.O. § 803, wonach der Schuldner durch Hinterlegung eines

Geldbetrages die Vollziehung eines Arrestes hemmen kann. Der Ausdruck „hinterlegen" ist in der C.P.O. § 101 technisch auch für die Sicherheitsleistung gebraucht, so wie überhaupt für jede Niederlegung bei der Depositionsbehörde, C.P.O. §§ 728, 738, 750, 751. Bei der Berathung der R.J.K. über den von ihr geschaffenen § 659 (Prot. 368 bis 370) ist für die Vorschrift die Absicht ausgesprochen, das Geld solle zur Sicherung des Gläubigers zum Depositorium kommen. Derselbe Zweck liegt dem § 803 C.P.O. zu Grunde. Mot. z. C.P.O. 452. Ohne eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung ist auch nicht anzunehmen, daß der Schuldner noch mehr thun will oder soll, als Sicherheit geben, und daß er sogar mit dem lediglichen Vorbehalte der Rückforderung zahlen will. Der Gläubiger hat an dem Betrage im Konkurse das Faustpfandrecht gemäß § 40.

Der von einem Drittschuldner gemäß C.P.O § 750 hinterlegte Betrag setzt eine schon vorangegangene Pfändung voraus und ist bis zur Zahlung an die Gläubiger Eigenthum des exequirten Schuldners, an welchem die Gläubiger ein wahres Pfändungspfandrecht im Sinne des § 41 Nr. 9 haben. Dasselbe gilt für die Fälle der C.P.O. §§ 728 Abs. 3, 751, 752, 758 ff. Die hinterlegte Masse ist ein mit den Pfandrechten der Gläubiger belastetes Eigenthum des Schuldners.

Der von einem verklagten Schuldner gemäß C.P.O. § 72 „zu Gunsten streitender Gläubiger" hinterlegte Betrag steht zur Verfügung der streitenden Gläubiger. Sie können sich durch Vergleich darüber einigen; erfolgt keine Einigung, so ist die Masse dem „Obsiegenden" zuzusprechen, welcher dann ex tunc — vom Zeitpunkte der Hinterlegung ab — als Eigenthümer der Masse zu betrachten ist. Die streitenden Gläubiger haben also hinsichtlich einer solchen Masse im Konkurse ein Recht auf Aussonderung gemäß § 35.

Bei der Berathung der K.O. sind die Fragen zu Anm. 14 zwar angeregt, aber nicht eingehend erörtert, da die Gläubiger, welche derartige Niederlegungen veranlaßten, als jedenfalls gesichert erachtet wurden. Prot. 43—45, 150. Die Erörterung ist jedoch nöthig, theils um festzustellen, auf welchem Wege die Gläubiger ihre Sicherung herbeizuführen haben, theils um aufzuklären, in welchen Fällen außer den die Niederlegung veranlassenden Gläubigern ein dritter Gläubiger entweder des Schuldners oder jener Gläubiger die hinterlegte Masse als dem Einen oder dem Andern gehörig noch angreifen kann.

Hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Pfändungspfandrechten vgl. Anm. 2 zu § 28 und Anm. 1, 5 zu § 22.

§ 42.

Wer[1)] nach der Eröffnung des Konkursverfahrens oder mit Kenntniß des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung eine Konkursforderung dem im Auslande[2)] wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes oder in der Absicht, daß dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelsperson abtritt, ist verpflichtet, zur Konkursmasse den Betrag zu ersetzen, welcher derselben dadurch entgeht, daß der Inhaber für die Forderung nach dem Rechte des Auslandes entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt.[3)] Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.[4)]

1) Die im Auslande befindlichen Gegenstände können zufolge anderer im Auslande geltender Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Absonderungsrechte der K.Masse ganz oder theilweise entzogen werden. Der K.Gläubiger, welcher durch (unmittelbare oder mittelbare) Cession seiner K.Forderung an den ausländischen Inhaber eines solchen Objekts

der K.Masse einen Betrag entzieht (in der wahrscheinlichen Absicht, selbst mehr zu erlangen, als er aus der K.Masse zu erwarten hat), soll dafür verantwortlich gemacht werden und der K.Masse den entzogenen Betrag ersetzen. Rechtsgrund dafür ist, daß er nach der K.Eröffnung den K.Anspruch der Gläubiger, die par conditio omnium, verletzte, indem er nach der K.Eröffnung gemäß § 12 kein Absonderungsrecht statt seiner tributarischen Befriedigung erwerben durfte und indem auch schon vor der K.Eröffnung bei Kenntniß des Antrags oder der Zahlungseinstellung nach den Grundsätzen des § 23 der K.Anspruch der andern Gläubiger für ihn feststand. Vgl. Vorb. 1 vor § 22. Dies gilt auch, wenn er seine Forderung in der Absicht eines Erwerbes seitens des Ausländers an eine Mittelsperson abtritt. Die Ansprüche aus § 42 auf Ersetzung zur K.Masse sind Bestandtheile der K.Masse und können also gemäß § 5 nur vom Verwalter geltend gemacht werden. Folge jenes Rechtsgrundes ex dolo ist ferner: „Sind bei solchen Zwischenoperationen Mehrere ersatzpflichtig, so haften sie solidarisch." Mot. 220, 221. Rechtsvermuthung der Kenntniß des K.Ausbruchs ist nicht aufgestellt. Mot. 239 zu § 49. Der Grundsatz, welcher nach § 49 auch bei einer Cession an einen Ausländer behufs der Kompensation anwendbar ist, war im E. I. § 55 nur für den letzteren Fall aufgestellt, und ist von der Vork. auf den Fall des § 42 ausgedehnt.

2) Ueber den Begriff des Auslandes und das Verhältniß zum Auslande vgl. Anm. 1 zu § 4 und Einl. § 4. Operationen, wie sie § 42 bezeichnet, sind zwischen den im Inlande (deutschen Reiche) Wohnenden (gegen v. Sarwey S. 329) nicht unbedingt unmöglich, wenn der Gegenstand sich im Auslande befindet, und die Befriedigung daraus nach anderen Rechtsvorschriften, als denen der K.O. (§ 4) erfolgt. Außerdem kann mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des anwendbaren bürgerlichen Rechts (z. B. für E.G. §§ 15, 16) eine verschiedenartige Beurtheilung der Erfordernisse eines Absonderungsrechts nöthig sein und Cessionen von K.Forderungen vortheilhaft erscheinen lassen. Erfolgen solche nach der K.Eröffnung, so sind sie nach § 12 unwirksam. Sind sie vorher erfolgt, so sind sie nicht, wie in Prot. 45 bemerkt, nach § 23 anfechtbar, da nicht eine Rechtshandlung des G.Schuldners, sondern eines Gläubigers vorliegt; sie können dann nur wegen Simulation oder aus anderen civilrechtlichen Gründen angefochten werden. Stieglitz S. 301.

3) Bei der Berechnung des Betrages ist zu berücksichtigen, daß und in welcher Höhe der Ersatzverpflichtete selbst zur tributarischen Theilnahme berechtigt ist. Die Mot. v. 1873 I. S. 310 bemerkten deshalb auch zu E. I. § 55 (K.O. § 49): „Der Umfang des Regreßanspruchs bestimmt sich jedesmal nach der Höhe, zu welcher die (aufgerechnete) Gemeinforderung bei ihrer Anmeldung zur Gemeinmasse aus dieser nicht berichtigt worden sein würde." Gegen die Bemerkung von Fuchs S. 68, 88: wegen der Analogie der Cession mit einer anfechtbaren Leistung könne der Cedent nach Leistung des Schadenersatzes seine K.Forderung (anal. § 32) anmelden, macht Küntzel (Rassow u. K. Beitr. Bd. 31 S. 894) an sich mit Recht darauf aufmerksam, daß nur der unter Berücksichtigung des tributarischen Antheils sich ergebende Betrag zu erstatten ist. Indeß die Konkursdividende steht vollständig erst bei der Beendigung des Konkurses fest, und bis dahin ist der Anspruch aus § 42 nicht aufzuschieben. Sachgemäß ist bei Geltendmachung des Ersatzanspruchs der tributarische Antheil des Cedenten immer nur insoweit zu berücksichtigen, als er zur Zeit der Geltendmachung feststeht. Der Cedent hat nur einen Einwand aus seinem Rechte, die Abrechnung des tributarischen Antheils zu verlangen. Bis dahin, daß ein solcher Antheil feststeht, entgeht der Masse der gesammte durch das Absonderungsrecht entzogene Betrag. Soweit hiernach die Cession gegen den K.Gläubiger bez. den Verwalter unwirksam wird, ist sie auch für dieselben (bez. gegen den Cedenten) unwirksam und kann sie folgerichtig einer Anmeldung des Cedenten nicht entgegengesetzt werden.

4) Vgl. die Uebergangsbestimmung im E.G. § 10.

§ 43.

Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eine Erbschaft erworben, so können die Nachlaßgläubiger[1] und Vermächtnißnehmer[2] abgesonderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlaßgegenständen[3] verlangen, soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht.

E. I. 229—232. P. 37. 256—262.

1) Den Gläubigern des Erben (G.Schuldners) ist an dessen Vermögen ein Absonderungsrecht nicht gewährt. Dies vom preuß. A.L.R. I 16 §§ 507 ff. abweichend vom gemeinen und französ. Rechte bewilligte Absonderungsrecht ist aufgehoben. Mot. 223.

2) Vgl. Anm. zu § 56 Nr. 4 und Anm. 1 zu § 205.

3) Das im gemeinen, preuß. und französ. Rechte anerkannte Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer (vgl. Windscheid § 607; Code civ. art. 878; v. Sarwey S. 332 ff.; A.L.R. I 16 §§ 500—506 nebst Einf.-Ges. zur K.O. v. 8. Mai 1855 Art. IX. und Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 § 11; Dernburg III. § 233; Förster IV. § 270) soll an den bei der K.Eröffnung in der K.Masse vorhandenen einzelnen Gegenständen, „welche die Natur eines Nachlaßstückes behalten haben", anerkannt werden. Welche Objekte als Nachlaßgegenstände anzusehen sind, und ob überall oder in einzelnen Fällen ein Erlös oder eine Forderung für Nachlaßsachen selbst als Nachlaßobjekt gilt, entscheidet das Civilrecht. Der § 43 soll „ein Absonderungsrecht weder schaffen, noch exklusiv abgrenzen", sondern hat zur Voraussetzung, daß ein solcher Anspruch den Nachlaßgläubigern und Vermächtnißnehmern zusteht." Vgl. preuß. A.L.R. I. 16 §§ 500—506. Er fällt daher fort, sofern das Landesrecht nicht ein Absonderungsrecht, sondern nur ein Vorrecht gewährt (vgl. R.O.H.G. 8, 1—10, betr. Mecklenburg und Neuvorpommern); ebenso wenn der Anspruch durch Versäumung der landesrechtlichen Frist seit dem Erwerbe der Erbschaft (ein Jahr nach preuß. A.L.R. I. 16 § 503), durch versäumte Verfolgung, Novation (A.L.R. a. a. O. §§ 503, 504) oder sonst verloren ist. Die Vorschläge des E. I. §§ 229—232, hierüber Bestimmungen zu treffen, sind von der Vork. abgelehnt.

Der Anspruch aus § 43 setzt voraus, daß der G.Schuldner *vor* der K.Eröffnung eine Erbschaft erworben hat, — ob dies der Fall, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden; eine *nach* der K.Eröffnung erworbene Erbschaft gehört nach § 1 nicht zur K.Masse — ferner daß Konkurs über das Vermögen des *Erben* eröffnet ist; der Erwerber muß G.Schuldner sein. Ist Konkurs über den *Nachlaß* eröffnet (§ 202), so ist für *diesen* Konkurs, welcher nach dem System der K.O. als Universalkonkurs über das Vermögen des Erblassers, nicht als Partikular-Konkurs gilt, § 43 nicht anwendbar; ebenso nicht, wenn der Erbe den Nachlaß ausgeschlagen hat.

Die landesgesetzlichen Vorschriften über das *erbschaftliche Liquidationsverfahren vor* einer K.Eröffnung sind nach E.G. z. C.P. § 15 Nr. 3 unberührt geblieben und bieten für Preußen dem Benefizialerben, welcher nach A.L.R. I. 9 § 452 bei der Bezahlung der Erbschaftsschulden die gesetzliche Vorrechtsforderung beachten muß, und dem Nachlaßpfleger, welcher dieselbe Verpflichtung hat, ein Mittel zur Gewinnung der nöthigen Uebersicht und zur einstweiligen Abwendung der Zwangsvollstreckung. Durch das Ges. v. 28. März 1879, G.S. S. 293 (an Stelle der P. §§ 342—361) ist das Verfahren für das landrechtliche Gebiet neu geregelt. Vgl. Anhang zu III. Der Benefizialerbe (auch Jeder von Mehreren) und der Nachlaßpfleger können das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer beantragen und *für die Dauer des Verfahrens* die Einstellung bez. Aufhebung der Zwangsvollstreckung wegen der betroffenen Ansprüche verlangen. „Gegen

die Massegläubiger und Vermächtnißnehmer, welche ihre Ansprüche nicht anmelden, tritt der Rechtsnachtheil ein, daß sie gegen den Benefizialerben ihre Ansprüche nur noch insoweit geltend machen können, als der Nachlaß mit Ausschluß aller seit dem Tode des Erblassers aufgekommenen Nutzungen durch Befriedigung der angemeldeten Ansprüche nicht erschöpft wird." (§ 10.) Pfandgläubiger und Gläubiger, welche im Konkurse den Faustpfandgläubigern gleichstehen (K.O. § 41), werden, soweit sie ihre Befriedigung aus dem Pfande suchen, durch das Verfahren nicht betroffen; Pfändungspfandgläubiger dürfen jedoch dem Antrage auf Sistirung der Vollstreckung nicht widersprechen. Das Verfahren wird durch ein rechtskräftiges Ausschlußurtheil oder durch Konkurseröffnung erledigt. „Wird über den Nachlaß" (während des Aufgebotsverfahrens oder nach demselben) „der Konkurs eröffnet, so ist der Benefizialerbe nur noch zur Herausgabe des Nachlasses und zur Rechnungslegung des Nachlasses über dessen Verwaltung an den K.Verwalter verpflichtet" (§ 17); also nur von diesem und nicht mehr von einzelnen Gläubigern oder Vermächtnißnehmern in Anspruch zu nehmen. — Durch den zitirten § 10 wird, entsprechend der P. §§ 348, 356, unter den Gläubigern und Vermächtnißnehmern eine besondere Vorrechtsordnung hergestellt. Sie bleibt im Falle eines vor der K.Eröffnung rechtskräftigen Ausschlußurtheils auch in einem demnächst eröffneten Konkurse, wenn darin von dem Absonderungsrechte nach § 43 Gebrauch gemacht wird, zu beachten; die K.Eröffnung während des Verfahrens beseitigt dessen Wirkungen mit Ausnahme der zitirten Vorschrift des § 17. Vgl. Entsch. 64, 382. Strieth. 76, 345.

Der Absonderungsanspruch aus § 43 ist nicht von Amtswegen zu verfolgen. Jeder einzelne Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer kann das Recht in gleicher Weise wie ein anderes Absonderungsrecht im Konkurse ausüben. Es ist nicht von einer Insuffizienz des Nachlasses bedingt und kann gegen den Benefizialerben, wie gegen den Erben ohne Vorbehalt ausgeübt werden. Im Falle einer Insuffizienz des Nachlasses bleibt jedoch außerdem die Eröffnung eines besonderen Konkurses über den Nachlaß nach §§ 202—206 zulässig; auch neben einem Konkurse über das Vermögen eines Benefizialerben; während der Konkurs eines vorbehaltlosen Erben wegen seiner unbedingten Haftung den Nachlaßkonkurs absorbirt und unmöglich macht. Anm. 1 zu § 202. Mot. 221—223.

Das Verfahren bei Geltendmachung des Absonderungsrechts ist dasselbe, wie bei allen anderen Absonderungsansprüchen. Es ist gegen den Verwalter geltend zu machen. Der Nachlaß bleibt Theil der allgemeinen K.Masse. Es entsteht kein Partikularkonkurs; der Verwalter muß aber behufs der abgesonderten Befriedigung die „vorhandenen Nachlaßgegenstände" bez. deren Verwerthung sondern.

§ 44.

Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung[1] aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen.[2]

E. I. 50. P. 36. 291. Preuss. E.G. z. H.G. Art. 33.

1) Der § 44 umfaßt wie § 14 jede vermögensrechtliche Gemeinschaft des G.Schuldners. Anm. 1 zu § 14. Vorausgesetzt ist, daß die Gemeinschaft zur Zeit der K.Eröffnung noch besteht („befindet") und die Auseinandersetzung während des K.Verfahrens gemäß § 14 erfolgt. Indeß genügt es, daß noch einzelne Vermögensstücke gemeinschaftlich sind, also eine Gemeinschaft, wenngleich nicht mehr im früheren Umfange, besteht. Sofern dies der Fall, ist es unerheblich, ob die Gemeinschaft (wie z. B. eine

Handelsgesellschafft in Liquid. nach Art. 123 H.G.B.) schon vorher aufgelöst ist, wenn dadurch nicht die Gemeinschaft eo ipso beseitigt wird.

Bei der Auseinandersetzung werden die Interessen der K.Gläubiger durch den Vertreter des G.Schuldners vertreten; die Gemeinschaftsgläubiger können ihre Rechte, soweit sie ihnen civilrechtlich zustehen, selbständig geltend machen. Anm. 2 zu § 14. Sachlich sind nach dem Grundsatze: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno die Gemeinschaftsschulden zunächst von dem Gemeinschaftsvermögen abzuziehen; nur von dem verbleibenden Netto-Betrage dieses Vermögens ist der Antheil des G.Schuldners an demselben zu ermitteln. An diesem Netto-Antheile ist den Theilnehmern an der Gemeinschaft (aus demselben Rechtsgrunde: bona intelliguntur etc.) ein Absonderungsrecht für ihre aus dem Verhältnisse entspringenden Forderungen bewilligt. So lange das Resultat dieses Netto-Antheils nicht feststeht, bez. die Auseinandersetzung nicht erfolgt ist, ist der ideelle Antheil des G.Schuldners am Gemeinschaftsvermögen der Gegenstand, „in Ansehung" dessen nach der Ausdrucksweise des § 41 das Absonderungsrecht besteht. Ueber die Auseinandersetzung bei ehelicher Gütergemeinschaft vgl. Anm. 3 zu § 37. Beschränktere Anwendung findet § 44 unter Eheleuten bei dem Dotalrecht, dem System des ehelichen Nießbrauchs und dem getrennten Gütersystem des A.L.R. (vgl. Anm. 4 zu § 37), indeß auch hier z. B. bei den gemeinschaftlichen Hochzeitsgeschenken, A.L.R. II. 1 § 172.

Für den Konkurs eines Mitgliedes einer eingetragenen Genossenschaft findet § 44 hinsichtlich seines Guthabens Anwendung. Die Genossenschaft hat wegen ihrer Forderungen an den ausscheidenden Genossen das Absonderungsrecht an seinem Guthaben.

Die Gemeinschafts**gläubiger** haben im Allgemeinen ein Absonderungsrecht im Konkurse eines Theilnehmers nicht; über ihre abgesonderte Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditges. auf Aktien vgl. Anm. zu §§ 198, 201.

Das Absonderungsrecht der Gemeinschafts**genossen** aus § 44 ist ebenso, wie das Recht aus § 43, nicht von Amtswegen zu berücksichtigen; sondern nur auf Antrag der Berechtigten. Das Recht steht ihnen nicht blos für dingliche, sondern für alle Forderungen aus dem Gemeinschaftsverhältnisse zu. Vgl. Entsch. 52, 431. Strieth. 52, 335. Die K.Masse soll nur den nach Befriedigung auch dieser Forderungen vom Antheile des G.Schuldners bleibenden Gewinn erhalten. Mot. 223—225. Prot. 45, 46. Der Anspruch ist auch für Forderungen begründet, welche der Berechtigte deshalb hat, weil er Dritten haften muß, gleichviel ob er diesen solidarisch oder antheilsmäßig, gleichzeitig oder subsidiarisch haftet. Für alle Forderungen muß der **Rechtsgrund** im Gemeinschaftsverhältnisse beruhen; wozu indeß nicht nothwendig ist, daß die Forderung des Dritten, für welche der Theilnehmer zu haften hat, eine Gesellschaftsschuld, d. h. eine der gesammten Gemeinschaft gegenüber verbindliche ist, oder daß die eigene Forderung gegen alle Theilnehmer gerichtet ist.

Wer aus einer schon **vor** der K.Eröffnung beendigten Auseinandersetzung noch etwas vom G.Schuldner zu fordern hat, ist K.Gläubiger und hat ein Absonderungsrecht nur, soweit es ihm durch Pfandrecht eingeräumt ist.

2) Im § 44 ist vorausgesetzt, daß ein Theilungsantheil des G.Schuldners am Gemeinschaftsvermögen sich ermitteln läßt. Gemeinschaften, für welche dies nicht möglich ist, wie z. B. bestehende Aktiengesellschaften, deren Aktionär der G.Schuldner ist (vgl. H.G.B. Art. 216 Abs. 2; R.O.H. 25, 292, 299) gehören nicht hierher.

Der „stille Gesellschafter" ist nur Gläubiger des G.Schuldners, nicht Theilnehmer an einer Gemeinschaft im Sinne der §§ 14, 44. H.G. Art. 252, 256. Er kann seine Forderung lediglich als K.Gläubiger geltend machen. Die desfallsige Bestimmung des H.G. Art. 258 Abs. 1 ist nebst der eventuellen Verpflichtung zur Einzahlung Art. 258 Abs. 2 durch § 3 Abs. 1 des E.G. aufrecht erhalten. Mot. 225.

§ 45.

Die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiß-Gläubiger erfolgt abgesondert aus dem Lehen, Stammgute oder Familienfideikommisse nach den Vorschriften der Landesgesetze.[1)]

E. I. 51. P. 36.

1) Sowohl Substanz- als Revenüengläubiger, soweit überhaupt Substanz oder Revenüen nach § 1 und C.P.O. § 757 zur K.Masse gehören, sind vom § 45 betroffen. Durch E.G. § 5 Nr. 1 sind überhaupt alle landesgesetzlichen Vorschriften, welche Lehne Stammgüter, oder Familienfideikommisse betreffen, aufrecht erhalten.

Sechster Titel.

Aufrechnung.

---

1) Für die Behandlung der Kompensation im Konkurse geht die K.O. nach den Mot. von folgenden Gesichtspunkten aus:

Die Aufrechnung (Gegenrechnung, Kompensation) erfüllt den Zweck, Deckungsmittel eines Gläubigers zu sein, als Befriedigung durch die eigene Schuld in noch stärkerem Maße, wie das Retentionsrecht, welches nur Sicherung und wie das Pfandrecht, welches Befriedigung durch eine Sache bez. die Schuld eines Andern gewährt. Sie deckt durch das Zurückbehalten der eigenen Schuld des Gläubigers, sondert diese aus der Reihe der Forderungen des G.Schuldners ab, verfolgt somit im Konkurse die Zwecke des Absonderungsrechts und ist dem Letzteren daher angereiht. Soweit in der K.O. nicht Abweichungen vorgeschrieben oder zugelassen sind, bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts maßgebend. Der sechste Titel disponirt nur darüber, welchen Modifikationen die nach dem bürgerlichen Rechte an sich und außerhalb des K.Verfahrens eintretende Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Kompensation unterliegt. Hinsichtlich der vom Verwalter Namens des G.Schuldners verlangten Kompensation ist überhaupt keine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften über Kompensation bestimmt, da für ihn kein Interesse für Ausnahmen besteht. Die Abweichungen der K.O. betreffen lediglich die Befugniß des Gläubigers des G.Schuldners, die Kompensation auszuüben und lösen von dessen Standpunkte aus die Frage: Inwieweit muß ein K.Gläubiger, der zugleich Schuldner des Kridars ist, in das K.Verfahren sich einlassen? Vgl. über das gem. R. Windscheid § 350; Dernburg Komp. S. 429 ff.; v. Sarwey S. 350 ff.; über preuß. Recht Dernburg II. §§ 104 ff., 120; Förster I. § 94.

Die Konkurskompensation des Gläubigers setzt voraus, daß schon vor der Konkurseröffnung gegenseitige Forderungen bestanden. Als allen Rechtssystemen gemeinsam sind die Grundsätze angesehen: Das Recht zur Aufrechnung wird schon dadurch begründet, daß Forderung und Gegenforderung einander gegenübertreten (compensatio in potentia). Die Aufrechnung selbst ist nur die Ausübung dieses Rechts. Wirksam wird die Aufrechnung allerdings nur durch den Willensakt eines Theils, des Aufrechnenden, sofern etwa nicht beide Theile einverstanden sind. Sobald der Aufrechnende indeß die Aufrechnung geltend macht (compensatio in actu), wirkt sie dann kraft Gesetzes dergestalt, daß auch der andere Theil vom Zeitpunkte des Gegenübertretens der Forderungen ab sie als erloschen anerkennen muß. Förster Bd. I. § 94; Dernburg II. § 104; Entsch. 46, 114; 65, 291; Strieth. 19, 2; 83, 289; 96, 59; R.O.H. 7, 86. So auch die Mot.: „Meist zeitlich und stets begrifflich von ihm verschie-

den folgt die Ausübung aus der Entstehung des Rechts, und wirkt „ipso jure“ d. h. ohne und gegen den Willen des andern Theils bis auf den Zeitpunkt der Entstehung zurück. Eben diese Sätze sind das Gemeingut aller Rechtssysteme (l. un. C. de comp. 4, 31. A.L.R. I. 16 §§ 300, 301. Code civ. 1290. Sächs. B.G. § 992. Entsch. O.H.G. 7, 86; 10, 167) und deshalb muß überall anerkannt werden: ein gültig erworbenes Kompensations recht wird durch die K.Eröffnung nicht aufgehoben, wenngleich vor dieser die Kompensation nicht ausgeübt worden ist.“ Mot. 30. Die Folgerungen hieraus sind: Eine Erklärung der Kompensationsabsicht vor der K.Eröffnung ist zur Erwirkung nicht nöthig. R.O.H. 18, 240. Auch der Anmeldung der aufzurechnenden Forderung zum Konkurse bedarf es nicht. Wer kompensiren kann und kompensirt, braucht nicht als K.Gläubiger aufzutreten und unterliegt nicht den für diese gegebenen Vorschriften. Ueber die Kompensation ist außerhalb des K.Verfahrens zu entscheiden. Die Erklärung des Aufrechnenden dem Verwalter gegenüber hat die Aufrechnung zur rechtlichen Folge, sofern sie begründet ist. Auch wenn er nach Aufhebung des Konkurses erklärt, aufrechnen zu wollen, wirkt dies zu Gunsten der Aufrechnung zurück, sofern sie berechtigt war. Der Konkurs und auch ein geschlossener Akkord (Strieth. 83, 287) ändert an sich das Recht zur Kompensation nicht.

2) Unter Festhaltung des Grundsatzes, daß die gegenseitigen Forderungen schon vor der K.Eröffnung bestanden haben müssen, um das Recht zur Kompensation im Konkurse zu begründen, hat die K.O. unter Aenderung bez. Deklarirung der bestehenden Rechtssysteme das Kompensationsrecht des Gläubigers des G.Schuldners theils in Rücksicht auf seine Gefährdung durch die Insolvenz seines Schuldners im § 47 erweitert, theils als Folge der Unzulässigkeit einer Besserung seines Rechts nach der K.Eröffnung in den §§ 48, 49 beschränkt. Die Ausübung des Rechts (nicht die Pflicht) des Gläubigers des Kridars zur Kompensation ist erweiternd unter Beseitigung der sonst entgegenstehenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts zulässig erklärt, wenn die Hindernisse einer früheren Ausübung solche waren, daß sie durch die K.Eröffnung und den Zweck des Konkurses beseitigt sind. Daher sind die Kompensationsbeschränkungen betreffs der Fälligkeit, Bedingtheit, Gleichartigkeit und Liquidität der bei der K.Eröffnung bestandenen Forderungen aufgehoben, während im Uebrigen das bürgerliche Recht bestehen bleibt. Deshalb soll es die Kompensation im Konkurse nicht hindern, wenn auch eine der Forderungen betagt oder bedingt war, da auch betagte und bedingte Forderungen zur Realisation im Konkurse gelangen. §§ 58—60. Nur sind die betagten und aufschiebend bedingten Forderungen des K.Gläubigers bei der Kompensation nach denselben Grundsätzen zu berücksichtigen, wie gleiche Forderungen von K.Gläubigern, welche nicht kompensiren können. §§ 58, 60. Aus demselben Grunde wird die Kompensation dadurch nicht gehindert, daß die Forderung des aufrechnenden Gläubigers nicht auf Geld gerichtet war, da zufolge der K.Eröffnung jede K.Forderung in eine Geldforderung verwandelt wird. §§ 62, 63. Das Erforderniß der Ungleichartigkeit der Forderungen fällt also für den Konkurs fort, soweit eine geldwerthe Forderung des Gläubigers gegen eine Geldforderung des G.Schuldners kompensirt werden soll. Illiquide Forderungen sollen für den Konkurs den bedingten gleichgestellt sein. Vgl. Anm. 5 zu § 47. Mot. 229—234.

3) Die Beschränkungen, welche die K.O. ebenfalls unter Beseitigung abweichender materiell-rechtlicher Vorschriften für den Konkurs in den §§ 48, 49 anordnet, beruhen auf den Kardinalgrundsätzen, welche zu §§ 1, 2, 12 entwickelt sind: Jede Aktivforderung des G.Schuldners, welche zur Zeit der K.Eröffnung einen Bestandtheil der Aktivmasse bildete, dient mit dieser zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger. Jede zur Zeit der K.Eröffnung bestehende Passivforderung wird K.Forderung. Nach der K.Eröffnung kann ein K.Gläubiger nicht mehr ein Absonderungsrecht, also auch nicht mehr

ein Recht zur Kompensation erwerben; seine Forderung bleibt nur K.Forderung, selbst wenn ein Anspruch auf den Erwerb eines Rechts zur Kompensation schon vor der K.-Eröffnung begründet gewesen wäre. Auch ein Erwerb des Kompensationsrechts nach der Kenntniß der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags würde nach den dem § 23 zu Grunde gelegten Erwägungen eine Verletzung des K.Anspruchs sein, und wird deshalb nicht zugelassen. Vorb. 1 vor § 22. Mot. 225—228, 234—238.

4) Die von der K.O. zu Gunsten und zu Ungunsten des aufrechnenden Schuldners getroffenen Bestimmungen sind aus der Natur des Konkurses entnommen; sie gelten nur für denselben und während desselben. Nach Aufhebung des Konkurses kann sich weder ein Schuldner des G.Schuldners auf die im § 47 zugelassenen Berücksichtigungen betagter, bedingter oder nicht auf Geld gerichteter Forderungen berufen (vgl. Strieth. 41, 153; 43, 147), noch auch der G.Schuldner auf die Beschränkungen der Gläubiger gemäß §§ 48, 49. Mot. 228. In den Mot. (228) ist hierzu bemerkt: „die Einwirkung freilich, welche ein etwaiger Zwangsvergleich auf eine nach den §§ 48, 49 der Kompensation entzogen gewesene Forderung inzwischen geübt hat (§ 178), wird dadurch nicht berührt, sie fließt aus dem Wesen des Akkords und steht im völligen Einklange mit dem hier aufgestellten Grundsatze." Mot. 228. Vgl. Strieth. 36, 211; 42, 228. Entsch. 43, 439, 452. Die Bemerkung ist als richtig anzuerkennen; insoweit wirken die K.Beschränkungen auch nach der Aufhebung durch Akkord, weil die der Kompensation im Konkurse entzogene Forderung K.Forderung blieb und der Akkord nach §§ 160, 178 auf diese Forderung denselben Einfluß hat, wie auf alle K.Forderungen. Andrerseits muß aber der Satz, daß der Schuldner sich nach der K.Aufhebung nicht auf die Begünstigungen des § 47 berufen könne, insoweit eingeschränkt werden, daß sie ihm alsdann zu statten kommen, wenn er sie während des Konkurses geltend gemacht hat. Hat er dadurch sein ihm für den Konkurs gewährtes Kompensationrecht ausgeübt, so sind damit die beiderseitigen Forderungen rückwirkend erloschen (Anm. 1); selbst ein etwa bei der K.Aufhebung noch nicht beendigter Prozeß darüber kann nur die Führung des Beweises aufschieben und nöthig machen. Die durch die Ausübung des Rechts bereits erfolgte Rechtswirkung, daß die zur K.Masse gehörige Forderung des G.Schuldners durch Kompensation absorbirt ist, kann nicht dadurch ungeschehen gemacht werden, daß der G.Schuldner die Verfügung über sein Vermögen, soweit es nicht schon realisirt ist, zurückerhält. Auch von einem Akkorde wird eine Forderung des Schuldners, welche nicht mehr besteht, nicht betroffen. So auch Stieglitz S. 335. — Forderungen, welche erst nach der K.Eröffnung entstanden sind, sind nicht K.Forderungen (§ 2), werden vom § 47 und vom Akkorde nicht betroffen und können also auch nach dem Konkurse voll zur Kompensation gebracht werden.

5) „Die Beschränkungen sollen für den Konkurs gelten als lex publica. Vertragsmäßige Einräumungen einer Kompensationsbefugniß entgegen den §§ 48, 49 will der Entw. ohne Ausnahme abschneiden; auch die Ausnahme, welche das preuß. A.L.R. I. 16 §§ 322 ff. zu Gunsten des Pächters zuließ, verstößt gegen das Prinzip des § 12 und ist deshalb nicht zuzulassen." Mot. 228. Der Grundsatz, daß selbst eine an sich gültige frühere Erklärung des G.Schuldners (z. B. er wolle sich die Kompensation des Pächters für die letzten Pachtzinsraten gegen dessen Kautionsforderung gefallen lassen) für den Konkurs der Anwendung der §§ 48, 49 nicht entgegensteht, hat durch § 12 (Schluß) Ausdruck bekommen. Die Vorschrift des preuß. A.L.R. I. 16 § 322, welche übrigens nicht blos zu Gunsten des Pächters, sondern zu Gunsten jedes Schuldners des G.-Schuldners die vertragsmäßig vor der K.-Eröffnung bewilligte Einräumung eines Kompensationsrechts zuließ, ist schon durch die absoluten Vorschriften der P. § 97 aufgehoben. Entsch. 61, 409—415. Strieth. 19, 232. Goltd. S. 246. Der Schuldner kann selbstverständlich auf sein privates Kompensationsrecht ebenso, wie auf ein Pfand- oder Retentionsrecht verzichten.

§ 46.

Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist,[1)] braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen.[2)]

E. I. 52. P. 95.

1) Im § 46 ist der Grundsatz für die Stellung des kompensirenden Gläubigers im K.Verfahren ausgesprochen; die §§ 47—49 enthalten die Abweichungen vom Civilrecht betreffs der Zulässigkeit der Kompensation. Bei der Kompensation stehen sich zwei Gläubiger einander gegenüber. Aus dem Nachsatze des § 46 geht indeß hervor, daß unter dem „Gläubiger" nur ein Gläubiger des G.Schuldners verstanden ist und nur dessen Befugnisse und Stellung in Rede sind; daher kommt auch im fortsetzenden § 47 nur seine Ausübung der Aufrechnung zur Sprache. Will der Verwalter kompensiren, — wozu er ein Interesse haben kann, wenn er wegen der Insolvenz des K.Gläubigers die Forderung des G.Schuldners gegen denselben nicht einklagen mag, und sich begnügt, dessen K.Forderung zu bestreiten, — so hat er sein Kompensationsrecht nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts nachzuweisen; die Begünstigungen des § 47 kommen ihm nicht zu statten. Vgl. Mot. 232. Ueber die Nichtbefugniß anderer K.Gläubiger, ihr Bestreiten einer angemeldeten K.Forderung durch die Kompensation mit einer Forderung des G.Schuldners zu begründen, vgl. Anm. 3 zu § 134.

Der kompensirende Gläubiger des G.Schuldners bleibt außerhalb des Konkurses. Bestreitet der Verwalter dessen Kompensationsbefugniß und klagt er die Forderung des G.Schuldners ein, so wird in diesem Prozesse, also formell außerhalb des K.Verfahrens über die Kompensation entschieden; dabei sind aber die für den Konkursfall gegebenen materiellen Vorschriften der §§ 47 ff. zu berücksichtigen. Vorausgesetzt ist, daß das bürgerliche Recht unter den Modifikationen der K.O. eine Kompensation zuläßt. Vorbem. 1, 2, 3 vor § 46. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts bleiben unbedingt darüber maßgebend, daß sich — und zwar gemäß § 47 Abs. 1 zur Zeit der K.Eröffnung — gegenseitige Forderungen einander gegenüber stehen müssen. Dagegen sind die nur für die Konkursaufrechnung gegebenen landesgesetzlichen Vorschriften durch § 4 E.G. aufgehoben. Hiernach entscheidet sich, inwieweit Vormünder, Bevollmächtigte, Ehegatten u. s. w. kompensiren können, und inwieweit bei Gesellschaftsverhältnissen, Korreal- bez. solidarischen Schulden, Erbschafts-Schulden und Forderungen, Cessionen kompensirt werden kann. Vgl. A.L.R. I. 16 §§ 302—316, 328—342. H.G.B. Art. 121, 169. Genossensch.-Ges. v. 4. Juli 1868 § 75. Die §§ 317—324 des A.L.R. I. 16 sind durch die K.O. bez. schon durch P. § 97 beseitigt (Entsch. 61, 409), soweit die Grundsätze nicht in der P. und jetzt in unserer K.O. aufgenommen sind. Ueber die Anwendbarkeit der §§ 325, 326 A.L.R. I. 16 vgl. Anm. 1 zu § 48 und Anm. 4 zu § 52; hinsichtlich der §§ 328, 329 vgl. Anm. 2 zu § 48 und Anm. 1 zu § 60. — Sofern eine Forderung wegen ihrer Eigenschaft der Aufrechnung entzogen ist, bleibt die Kompensation auch im Konkurse unstatthaft. Dies gilt nach preuß. A.L.R. I. 16 §§ 363—370 für Forderungen aus dem Verwahrungsvertrage, aus dem Leihen nicht verbrauchbarer Sachen, Alimentenforderungen und für die Forderungen des Verkäufers, daß ein Käufer gewisse Schulden des Verkäufers, welche er übernommen hat, zahlen muß, rücksichtlich der übernommenen Gläubiger, vgl. Eig.-Erw.-Ges. v. 5. Mai 1872 § 41. Für das gemeine Recht vgl. Windscheid § 350 Nr. 7. Den Forderungen aus den im Konkurse unwirksamen bez. anfechtbaren Geschäften kann natürlich die Unwirksamkeit entgegengesetzt werden. R.O.H. 10, 209. Voraussetzung ist ferner, daß es sich um eine wirkliche Kompensation von Forderungen aus verschiedenen Rechtsgeschäften handelt, nicht um die Entgegensetzung von Gegenforderungen auf Grund desselben Rechtsgeschäfts. Für die letzteren sind die Beschränkungen der §§ 48, 49 nicht anwendbar. Vgl. darüber ferner Anm. 1 zu § 48.

2) Der Kompensationsberechtigte braucht seine Forderung im Konkurse nicht anzumelden. Er kann die Frage außerhalb des Konkurses erledigen und da er seinen Absonderungsanspruch an seiner eigenen Schuld geltend macht, so kann er im Falle eines Streites die Klage des Verwalters abwarten. Einer Zuziehung der andern K.Gläubiger, wie bei sonstiger Feststellung der K.Forderungen, bedarf es für diese Frage nicht; wenn er zur Aufrechnung berechtigt ist, verlangt er nichts aus der K.Masse.

Es kann indeß im Interesse des Gläubigers liegen, daß er sein Kompensationsrecht während des Konkurses ausübt, um für dasselbe die Begünstigungen des § 47 zu genießen und um nicht bei Nichtausübung im Falle des Akkordes von dessen Wirkungen hinsichtlich seiner Forderung betroffen zu werden, vgl. Vorbem. 4 vor § 46. Als Akt, durch welchen er sein Recht „geltend macht" und den Eintritt der Folgen der Aufrechnung bewirkt, genügt „jede auch außergerichtliche Erklärung gegen den K.Verwalter" (Mot. 229), ist indeß eine solche Erklärung auch erforderlich, Vorbem. 1 vor § 46. Für die Einrede bez. Widerklage der Kompensation bei prozessualischer Einziehung einer Forderung sind die §§ 136, 273, 274, 33 C.P.O. zu beachten.

Der Gläubiger braucht seine Forderung im Konkurse nicht zu liquidiren; das Recht dazu ist aber nicht versagt. Er kann liquidiren und erklärt dadurch auch keinen Verzicht auf seine Kompensationsbefugniß, wie ein Kläger durch die Klage nicht das Recht verliert, die eingeklagte Forderung selbst nach dem Judikat zur Kompensation zu verwenden. Mot. 233. Unter Umständen kann er ein Interesse haben, die Kompensation noch aufzuschieben und vorzubehalten, namentlich, wenn die ihm entgegenstehende Forderung des G.Schuldners eine betagte oder bedingte ist, Anm. 2, 4 zu § 47; ebenso wenn sie geringer ist, als die seinige und er zunächst eine Dividende unter Berechnung seiner vollen Forderung zu haben wünscht, in welchem Falle der Verwalter ein Interesse hat, seinerseits kompensirend den Mehrbetrag zu bestreiten. Ob in den Handlungen und Erklärungen der Betheiligten ein Verzicht auf das Kompensationsrecht enthalten, ist eine Thatfrage und nach den konkreten Umständen zu entscheiden; so lange indeß nicht sonst ein Verzicht ausgedrückt ist, liegt in der Annahme einer Abschlagszahlung noch kein Verzicht auf die Kompensationsbefugniß, sondern nur die Ausübung eines Theils seiner Rechte, wodurch die ihm sonst noch zustehenden Rechte nicht berührt werden. Eben deshalb bedarf es auch keines ausdrücklichen Vorbehalts seiner weiteren Rechte, wie er überhaupt keine Verpflichtung hat, seinen Kompensations-Willen vor definitiver Erledigung der Schuldfrage zu erklären, R.O.H. 10, 167; und modifizirt andererseits ein solcher Vorbehalt die Qualität seiner Forderung nicht. Die Annahme von Hullmann S. 189: der Gläubiger mache durch seine im Voraus abgegebene Erklärung, eventuell kompensiren zu wollen, seine Forderung für das K.Verfahren zu einer aufschiebend bedingten, so daß sie als K.Forderung nur noch für den Fall bestehe, daß die Aufrechnung nicht eintrete, und er verzichte daher auf die Aufrechnung durch Empfang einer Dividende, verkennt die Natur und die Wirkung des Vorbehalts. Der Vorbehalt erklärt nur, daß der Gläubiger, während er einstweilen von dem ihm nach § 46 freigelassenen Rechte als K.Gläubiger zu liquidiren, Gebrauch macht, sein Kompensationsrecht zur Zeit noch nicht ausübt; der Gläubiger ist jedoch weder vor, noch nach dem Empfang einer Dividende verpflichtet, nur auf seine volle Forderung bez. nur gegen die Gegenforderung, wie sie dem Verwalter zur Zeit der K.Forderung als bedingte oder betagte zustand, zu kompensiren; er kann seine Forderung unter Abzug der etwa erhaltenen Dividende zur Kompensation verwenden. v. Sarwey S. 362 ff.; Fuchs S. 82; Stieglitz S. 337; Mandry S. 320, 321; R.O.H. 13, 276. A.M. Hullmann S. 189; Petersen S. 233.

Gläubiger, welche ihre Forderungen nach § 56 Nr. 3, 4 als K.Forderungen im Konkurse nicht geltend machen können, ebenso die Gläubiger aus Natural-Obligationen, welche nicht klagen, aber kompensiren können (vgl. Anm. zu § 2), sind von der Befugniß zur

Kompensation gegen den Verwalter nicht ausgeschlossen. Das Recht steht ihnen, sobald sie erklären es ausüben zu wollen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen rückwirkend zu, sofern es vor der K.Eröffnung entstanden ist, Vorb. 1 vor § 46; und ist ihnen durch keine Vorschrift der K.O. entzogen, da § 3 ungeachtet der in den Mot. (vgl. Vorb. 1) ausgesprochenen Parallelisirung des Kompensationsrechts mit dem Absonderungsrechte auf das erstere nicht ausgedehnt, vielmehr die Aufrechnung im Tit. 6 gesondert von der Absonderung des Tit. 5 behandelt ist. Dagegen kommen die Begünstigungen des § 47 solchen Gläubigern nicht zu statten; denn § 47 wie § 46 setzen K.Gläubiger voraus, welche in der Lage sind, ihre Forderung im K.Verfahren geltend machen zu können; nur von diesen kann gesagt werden, daß sie es nicht zu thun „brauchen". Jene müssen also eine nach dem sonstigen bürgerlichen Rechte zulässige Kompensation begründen. Stieglitz S. 333, 334; v. Sarwey S. 359; v. Völderndorff I. S. 492. — Wegen der Kompensation mit Masseschulden vgl. Anm. 1 zu § 48.

Falls eine Kompensation gegen mehrere Forderungen zulässig ist, bleibt nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, ob und inwieweit der Gläubiger das Wahlrecht hat oder darin beschränkt ist. Im Vordersatze des § 46 vorausgesetzt, ist das bürgerliche Recht in dieser Beziehung durch die K.O. nicht geändert. Anwendbar sind daher A.L.R. I. 16 §§ 375, 150—159, Code civ. art. 1297, Sächs. bürg. G. § 993. Vgl. R.O.H. 9, 110; 15, 105 und die daselbst in Bezug genommene Literatur des gem. Rechts. Abweichend wollen Stieglitz S. 336 und v. Sarwey S. 361 unbedingt dem Gläubiger die Wahl einräumen, gegen welche seiner Forderungen er aufrechnen will. Stieglitz will dies dadurch begründen, daß die K.O. in erster Linie dem Gläubiger das Recht verleihe, seine Schuld als Deckung für seine Forderung zu behalten. Indeß gestattet die K.O. dies nicht über den Umfang seines Rechts hinaus, für welches das Civilrecht maßgebend bleibt, soweit es nicht geändert ist.

§ 47.

Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch betagt oder noch bedingt war, oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war.[1]

Eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift des § 58 zu berechnen.[2]

Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend[3] bedingten Forderung bei dem Eintritte der Bedingung kann der Gläubiger Sicherstellung[4] insoweit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.[5]

Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach den Vorschriften der §§ 62, 63 zu berechnen.[6]

E. I. 53. P. 96. Nr. 3.

1) Der gesammte Inhalt des § 47 spricht nur davon, daß und unter welchen Voraussetzungen ein Gläubiger des G.Schuldners die Aufrechnung beanspruchen kann; nicht von einem Rechte des Verwalters. Diese aus dem Anschlusse an § 46 sich ergebende Bedeutung der im Abs. 1 gemeinten „Aufrechnung" (Anm. 1 zu § 46) wird durch die Bezeichnung der Befugnisse des Gläubigers bez. der „Forderung des Gläubigers" in Abs. 2 bis 4 bestätigt. v. Sarwey S. 333, 342. — Abs. 1 spricht die Zulässigkeit der Kompensation der betagten, bedingten und nicht auf Geld gerichteten For-

derungen aus; in Abs. 2, 3, 4 sind die näheren Modifikationen angegeben, unter welchen die Berücksichtigung solcher Forderungen stattfinden soll. Die Begründung der Vorschriften des § 47 ist in Vorb. 2 vor § 46 enthalten. Das gemeine Recht, welches nur für unbedingte und unbetagte Forderungen des aufrechnenden Schuldners die Kompensation zuläßt und nur für die Gegenforderung des G.Schuldners davon absieht, ob sie bedingt oder betagt ist (R.O.H. 10, 166; 18, 150), ist hierdurch entsprechend dem Art. 314 H.G.B. für den Konkursfall geändert. Die Zulässigkeit der Aufrechnung ohne Rücksicht auf Fälligkeit, Bedingtheit bez. Gleichartigkeit ist indeß nur unter der ausgesprochenen Voraussetzung erklärt, daß die gegenseitigen Forderungen zur Zeit der Konkurseröffnung schon bestanden. Dernburg II. § 120. In diesem Falle ist dem Gläubiger die Aufrechnung gestattet, gleichviel ob seine eigene Forderung oder die des G.Schuldners oder beide betagt oder bedingt sind. Nur hinsichtlich der Gleichartigkeit ist die Ausnahme darauf beschränkt, daß die Forderung des Gläubigers zur Zeit der K.Eröffnung nicht schon auf einen Geldbetrag gerichtet zu sein braucht. Ueber die sofortige Anwendbarkeit des § 47 in allen nach der Gesetzeskraft der K.O. eröffneten Konkursen vgl. Anm. zu E.G. § 10.

2) Zu Abs. 2. Betagte Forderungen. Ob die Befristung im Interesse des Gläubigers oder des Schuldners erfolgt war, ist bei der unterschiedslosen Fassung des Abs. 1 für das Kompensationsrecht des Gläubigers rechtlich unerheblich.

a. Will der Gläubiger seine fällige Forderung mit einer betagten Forderung des G.Schuldners aufrechnen, so ist dies nach Abs. 1 gestattet. Aber er kann nicht verlangen, daß die letztere, falls sie unverzinslich ist, nur gemäß § 58 Abs. 2 berechnet wird. Die Vorschrift des Abs. 2 betrifft diesen Fall nicht, sondern nur den zu b nachstehend erwähnten. Der Grund, weshalb betagte unverzinsliche Forderungen des Gläubigers nach § 58 zu berechnen sind, liegt für Forderungen des G.Schuldners, welche auch abgesehen vom § 47 — wenngleich erst nach Eintritt des Fälligkeitstages — vollständig zur Masse einzuziehen sind, nicht vor. Nur bei Anwendbarkeit des Art. 334 H.G.B. könnte der Gläubiger nach Uebereinkunft oder Handelsgebrauch einen Diskonto abziehen. — Dagegen kann der Gläubiger für seine fällige verzinsliche Forderung auch die Zinsen bis zum Zeitpunkte, wo er die Aufrechnung erklärt, mit zur Aufrechnung bringen, falls die Erklärung vor der Fälligkeit seiner Gegenschuld erfolgt; andernfalls bis zur Fälligkeit der letzteren. Die Vorschrift des § 56 Nr. 1 steht der Aufrechnung der Zinsen nicht entgegen, da die Aufrechnung außerhalb des Konkurses erfolgt und nicht eine „Geltendmachung im Konkurse", welche § 56 nur verbietet, ist. Hullmann S. 190. Mit dem Zeitpunkte seiner früheren Aufrechnungserklärung verzichtet er auf die ihm gewährte Frist. Da er jedoch zu einem solchen Verzichte nicht verpflichtet ist, so kann er seine Erklärung, aufrechnen zu wollen, aufschieben und einstweilen liquidiren, ohne daß er vorher über seinen Aufrechnungswillen eine Erklärung abzugeben braucht, Anm. 2 zu § 46.

b. Ist die Forderung des Gläubigers betagt, so gilt sie nach § 58 als mit der K.Eröffnung fällig und ist nach Abs. 2 zum Zwecke der Aufrechnung nach § 58 zu berechnen, d. h. also, 1. wenn sie verzinslich ist, wie alle betagten K.Forderungen nach § 58 Abs. 1 ohne fernere Zinsen für die Zeit nach der K.Eröffnung, aber auch ohne den für diesen Fall im § 58 Abs. 2 nicht vorgeschriebenen Abzug des Interusurium; 2. wenn sie unverzinslich ist, unter Abzug des Interusurium nach § 58 Abs. 2. Die Ansicht von Mandry S. 320, daß das Interusurium ohne Rücksicht auf die Verzinslichkeit in Abzug zu bringen sei, übersieht, daß im Abs. 2 des § 47 nicht für jede betagte Forderung des Gläubigers die Berechnung nach Abs. 2 des § 58, sondern nach § 58 vorgeschrieben ist. Vgl. auch Mot. 233. — Im E. § 47 waren auch die §§ 62, 63 nebst § 58 als anwendbar für die Berechnung angezogen. Von der R.K. sind die §§ 62, 63 gestrichen,

weil nicht in denselben, sondern in § 58 von betagten Forderungen die Rede sei. Indeß können allerdings auch die §§ 62, 63 bei betagten Forderungen (Anm. 2 zu § 62) bez. betagten wiederkehrenden Hebungen anwendbar sein; sie werden dann trotz der Streichung anzuwenden sein, da § 58 selbst nur durch §§ 62, 63 ergänzt gilt.

3) Hinsichtlich der Forderungen unter auflösender Bedingung erleidet die Aufrechnung entsprechend dem § 59 keine Beschränkung. Sie können als sofort existent aufgerechnet werden. Vorbehalten bleibt auch hierfür, wie für § 59 das nach dem bürgerlichen Rechte dem G.Schuldner bez. dem Verwalter zustehende Recht, von dem Gläubiger für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung Sicherheitsleistung zu fordern, wenn die Forderung des Gläubigers resolutiv bedingt ist, Anm. 1 zu § 59. Vgl. A.L.R. I. 4 §§ 121—125. Ebenso das gleiche Recht des Gläubigers, Sicherheit vom Verwalter zu fordern, wenn dessen Forderung resolutiv bedingt ist, insbesondere wenn ihr Betrag größer ist, als die aufzurechnende K.Forderung und der Verwalter die Zahlung des Mehrbetrags fordert. In diesem Falle wird der Gläubiger auch vorsichtig seine Forderung für den Fall des Eintritts der Resolutivbedingung im Konkurse anmelden. Fuchs S. 82, 83; Stieglitz S. 340.

4) Zu Abs. 3 betr. aufschiebend bedingte Forderungen. Vom Abs. 3 ist nur

a. der Fall betroffen, wenn der Gläubiger seine aufschiebend bedingte Forderung zur Aufrechnung bringen will; während seine Schuld an den G.Schuldner eine unbedingte ist und der Verwalter diese zur Masse einzieht. Entsprechend dem Systeme der Rechte eines aufschiebend bedingt berechtigten Gläubigers im Konkurse (vgl. Anm. 2 zu § 60) soll dem Gläubiger für den Fall des Eintritts der Bedingung die demnächstige Ausübung des Kompensationsrechts gesichert werden. Demgemäß setzt das im Abs. 3 ihm bewilligte Recht auf Sicherstellung voraus, daß der Gläubiger seine Schuld zur Masse zahlt; dann erst hat er Sicherung dafür zu verlangen, daß beim Eintritte der Bedingung aufgerechnet wird. Mot. 389 zu § 158. Die Sicherstellung hat der K.Verwalter in der Weise zu leisten, in welcher nach Civilrecht eine Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung erfüllt werden muß. Mot. 233. Nicht die Vorschrift der C.P.O. § 101, welche die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit betrifft, sondern da die Erfüllung einer materiell-rechtlichen Verbindlichkeit in Rede ist, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Sicherheitsleistung kommen zur Anwendung; für das Gebiet des preuß. A.L.R. also I. §§ 183—195. Sachgemäß wird dem Gläubiger, welcher seine Schuld zur Masse gezahlt hat, die Sicherheit dadurch gewährt, daß der von ihm gezahlte Betrag, soweit seine Gegenforderung reicht, hinterlegt wird. Mot. 389. Der § 47 gewährt dem Bedingt-Berechtigten zunächst und bis zum Ablaufe der Abschlußfrist für die Schlußvertheilung (vgl. § 158) das Recht auf Sicherung ohne Rücksicht darauf, ob er sonst nach dem bürgerlichen Recht Sicherheitsleistung zu fordern berechtigt ist. Hat er jedoch bis zum Ablaufe jener Frist nicht dem Verwalter den Eintritt der Bedingung nachgewiesen, so kann er für die fernere Zeit nur dann noch Sicherung verlangen, wenn er dazu, abgesehen vom § 47, nach dem bürgerlichen Rechte berechtigt ist. § 158. Er wird in dieser Beziehung ebenso behandelt, wie der bedingt berechtigte K.-Gläubiger für seine aufschiebend bedingte K.Forderung. §§ 155 Nr. 2, 142. Vgl. Anm. 1, 2 zu § 60.

Der Gläubiger kann seine aufschiebend bedingte Forderung als K.Forderung nach § 60 anmelden und kann dabei das Recht zur Kompensation vorbehalten. Nöthig ist eine Erklärung darüber nicht, so lange er nicht vom Verwalter zur Zahlung gedrängt wird, Anm. 2 zu § 46. Indeß bei seiner Zahlung seiner Schuld spätestens muß er seine Absicht, für den Fall des Eintritts der Bedingung kompensiren zu wollen, dem Verwalter erklären. Vorbehaltlose Zahlung seiner Schuld würde einen Verzicht auf das Recht zur Aufrechnung enthalten und eine spätere Aufrechnung bez. Zurückzahlung nur

noch unter den Bedingungen des bürgerlichen Rechts für eine condictio indebiti bez. sine causa ermöglichen lassen. A.L.R. I. 16 §§ 165. Vgl. Strieth. 49, 300. R.O.H. 19, 323. Das bloße Unterlassen des Verlangens der Sicherstellung entzieht dem Gläubiger weder dies Recht, noch die Aufrechnungswirkung, und ist kein Verzicht. Hullmann S. 189; Stieglitz S. 340, 341. Ueber die Form des Vorbehalts vgl. A.L.R. I. 16 §§ 160 ff.; R.O.H. 5, 151; Strieth. 81, 199; Entsch. 72, 213.

b. Ist die Forderung des Gläubigers unbedingt, aber die Forderung des G.Schuldners, also die Schuld des Gläubigers, aufschiebend bedingt, — ein Fall, welchen nicht Abs. 3, dagegen Abs. 1 betrifft — so kann der Gläubiger seine Forderung liquidiren und die Aufrechnung gegenüber dem Verwalter, welcher seinerseits nach dem bürgerlichen Rechte nicht Kompensation verlangen kann, bis zum Eintritte der Bedingung aufschieben, bez. alsdann nach Eintritt der Bedingung die Forderung nach Abzug der etwa erhaltenen Dividende zur Kompensation verwenden, Anm. 2 zu § 46. Der Gläubiger kann indeß auch schon früher nach Abs. 1 kompensiren (über sein Interesse hierfür vgl. Vorb. 4 vor § 46); der Verwalter, welchem eine bedingte Forderung als unbedingte angerechnet wird, hat kein Interesse, dafür Sicherstellung zu fordern. In keinem Falle gewährt die K.O. dem Verwalter für den Fall zu b. ein nicht sonst nach dem bürgerlichen Rechte begründetes Recht auf Sicherheitsleistung; auch dann, wenn der Gläubiger seine Forderung liquidirt und der Verwalter für seine bedingte Forderung die Möglichkeit der Kompensation retten möchte, bewendet es beim bürgerlichen Rechte, v. Sarwey S. 368, 369; Mandry S. 321.

Ueber die hauptsächlichsten Fälle aufschiebend bedingter Forderungen des Regresses eines Bürgen gegen den Hauptschuldner vgl. Anm. 2 zu § 48 und Anm. 1 zu § 60.

5) Zu den bedingten Forderungen sollen auch die illiquiden gerechnet werden. Gemeinrechtlich gilt die Liquidität nicht als Voraussetzung der Kompensation. Windscheid Pand. § 350 Nr. 5. Die Frage ist jedoch wichtig, wo die Liquidität, wie im preuß. A.L.R., partikularrechtlich Voraussetzung ist und zwar nicht blos prozessualische, sondern materiell-rechtliche Voraussetzung. A.L.R. I. 16 §§ 359—362. R.O.H. 15, 225. Vgl. Strieth. 45, 13; 50, 168; 73, 102. v. Wilmowski u. Levy Kom. zur C.P.O. Anm. 2 zu § 136. Die Mot. bemerken: „den bedingten und betagten Forderungen ähnlich erweitert der Konkurs die Kompensabilität illiquider und ungleichartiger Forderungen. Die illiquiden stehen den bedingten Forderungen zum mindesten gleich. Wenn sonst das Civilrecht die Deposition einer Schuld zum Zweck der Aufrechnung mit einer illiquiden Forderung an die Erfordernisse eines Arrestschlags knüpft (preuß. A.L.R. I. 16 §§ 360, 226), so ist der Nachweis eines Arrestgrundes für den Konkurs sicher entbehrlich; der Arrestgrund ist durch ihn konstatirt; die Forderung wird aber glaubhaft gemacht werden müssen." Mot. 234. Bei der Berathung der R.K. über die ungleichartigen Forderungen (s. Anm. 6) bemerkte Hagens: „In den Motiven werde gesagt, daß illiquide und ungleichartige so behandelt werden sollten, wie die bedingten und betagten. Wenn daher lediglich wegen der ungleichartigen und nicht auch wegen der illiquiden eine ausdrückliche Bestimmung in das Gesetz aufgenommen werde, könnte der Irrthum entstehen, als ob die Kommission wegen der illiquiden Forderungen anderer Ansicht gewesen sei, als die Motive bez. der Entwurf. Sollte daher die Annahme des Antrags (für die in Anm. 6 erwähnte Aenderung) beliebt werden, so bitte er zu konstatiren, daß es nicht die Absicht der Kommission sei, die in der Befugniß, mit illiquiden Forderungen für den Fall ihrer Liquidität aufzurechnen, enthaltene Deckung des Gläubigers für den Konkurs auszuschließen." Dies ist ohne Widerspruch konstatirt. Prot. 58 Die illiquiden Forderungen sind jedoch unzweifelhaft nicht bedingte. Mit fast demselben Rechte könnte man jede bestrittene Forderung eine durch ihren Nachweis bez. durch Urtheil bedingte nennen. Die Subsumtion unter die bedingten Forderungen ist eine

äußerst gewaltsame. Weder die Mot., noch die Konstatirung in der R.K. verschaffen dafür den fehlenden entsprechenden Ausdruck im Gesetze, was um so mehr zu bedauern ist, als sachlich die Gleichbehandlung der illiquiden mit den bedingten eine durchaus angemessene ist. Indeß wenn man weiß, daß sie hier zu den bedingten gerechnet werden sollen, — so kann man sich zu den Gedanken zwingen und man kann ungeachtet der Unzulässigkeit der Analogie bei derartigen Vorschriften die Gleichstellung mit Rücksicht darauf ausgesprochen finden, daß die Wirkung der hergestellten Liquidität der Wirkung des Eintritts der Bedingung für eine bedingte Forderung entspricht. Vgl. preuß. A.L.R. I. 16 § 361. R.O.H. 15, 225. Uebrigens führt die Anwendung des preuß. A.L.R. zu demselben Resultate, sofern die Forderung glaubhaft gemacht wird, wie C.P.O. § 800 zum Arreste erfordert. Das A.L.R. I. 16 §§ 360, 226 gestattet die Deposition zur Aufrechnung mit einer illiquiden Forderung, wenn die Erfordernisse eines Arrestschlages nachgewiesen sind. Der Arrestgrund ist durch den Konkurs glaubhaft gemacht. Entsch. 46, 328. Strieth. 35, 305 ff.; 41, 7. Dernburg II. § 120 Anm. 12. Für den Fall der Kompensation mit einer Forderung aus demselben Rechtsgeschäfte vgl. A.L.R. I. 20 § 542.

Stellt man mit den Mot. die illiquiden Forderungen den aufschiebend bedingten gleich, so finden die Bemerkungen in Anm. 4 auch hier Anwendung. Die Zulässigkeit der Konkurskompensation des Gläubigers, welcher seine illiquide Forderung zur Aufrechnung bringen will, (Anm. 5 zu a) wird alsdann dadurch nicht ausgeschlossen, daß seine Schuld schon durch einen vollstreckbaren Titel festgestellt ist, auch nicht dadurch, daß sonst im Exekutionswege nach C.P.O. § 686 Abs. 2 die Kompensation nicht entgegengesetzt werden könnte; dagegen natürlich durch eine in einem solchen Prozesse erfolgte Aberkennung der Forderung des Gläubigers, vgl. C.P.O. § 293 Abs. 2. Stieglitz S. 343 Anm. g. — Seine liquide Forderung wird der Gläubiger, wenn ihm eine illiquide Forderung des G.Schuldners entgegensteht (Anm. 5 zu b), sachgemäß anmelden mit der Erklärung, daß er für den Fall des Nachweises der gegnerischen Forderung mit derselben kompensire.

6) Zu Abs. 4. Das Erforderniß der Ungleichartigkeit ist auch für die Konkurskompensation, welche der Gläubiger ausüben will, nicht in jeder Beziehung beseitigt. Die Kompensation wird nur nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Forderung des Gläubigers nicht auf Geld gerichtet war. Der Grund liegt darin, daß jede K.Forderung sich mit der K.Eröffnung in eine Geldschuld verwandelt und falls dies nicht möglich ist, überhaupt keine Konkursforderung, also zu einer Konkurskompensation nicht fähig ist; vgl. Anm. zu §§ 62 und 2. Indem nur in dieser Beziehung das Hinderniß der Ungleichartigkeit beseitigt wird, ist dem Gläubiger die Kompensation ermöglicht, wenn die Gegenforderung des G.Schuldners eine Geldforderung ist; nicht aber, wenn diese nicht auf Geld gerichtet ist. Für diesen Fall ändert weder Abs. 1 noch Abs. 3 das bürgerliche Recht. Der Gläubiger mag, wenn er kann, abwarten, ob der Verwalter für seine Forderung das Interesse verlangt (C.P.O. §§ 773 ff., 778) und kann dann kompensiren, woran er auch in diesem Falle nicht durch die Anmeldung seiner Forderung gehindert wird. Anm. 2 zu § 46.

Der E. § 47 erwähnte im Abs. 1 nur die bedingten und betagten Forderungen, bezog im Abs. 2 die Vorschriften der §§ 58, 62, 63 (statt nur § 58) und entbehrte des Abs. 4. Die Mot. berufen sich für die Zulassung der Kompensation ungleichartiger Forderungen darauf, daß mit dem Eintritte des K.Verfahrens jede nicht auf Geld gerichtete Forderung sich kraft Gesetzes gemäß § 62 in ihren Schätzungswerth verwandele und dadurch der Geldschuld gleichartig werde. Schon das älteste Recht stelle für den Konkurs die ungleichartigen mit den betagten Forderungen zusammen (Gaj. Instit. IV. §§ 66, 67). Die Verweisung auf die §§ 62, 63 werde allen Zweifeln zuvorkommen.

Mot. 234. Die R.K. fand mit Recht diese Aenderung des bisherigen Rechts im Gesetze nicht ausgedrückt und beschloß die jetzige Redaktion. Vgl. Anm. 5.

§ 48.

Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig:

1. wenn Jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist;[1]
2. wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war;[2]
3. wenn Jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner[3] durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat,[4] falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder daß die Eröffnung des Verfahrens beantragt war.[5] Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

Die Aufrechnung ist zulässig, wenn der Erwerber zur Uebernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war[6] und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging,[7] weder von der Zahlungseinstellung noch von dem Eröffnungsantrage Kenntniß hatte.

E. I. 54. P. 97.

1) Zu Nr. 1. Wenn eine Schuld an die Masse erst nach der K.Eröffnung entstanden ist, muß der Schuldner seine Schuld allemal zur Masse zahlen. Er kann dagegen nicht eine Forderung aufrechnen, welche er vor der K.Eröffnung gegen den G.-Schuldner erworben hat, und welche entweder überhaupt den Konkurs nicht berührt oder, wenn sie eine K.Forderung ist, nach dem in der Vorb. 3 vor § 46 angegebenen Grundsatze nicht kompensabel ist, weil mit der K.Eröffnung die Zulässigkeit der Erwerbung einer Bevorzugung einzelner Gläubiger durch Erlangung eines Absonderungs- oder Deckungsrechts fortfallen soll. Dieser Grundsatz ist kein neuer und gilt schon nach dem gemeinen, preuß., bayr., hannöv. und französ. Prozeßrechte. Mot. 235. R.G. I. 347.

Nicht betroffen sind und zwar weder von Nr. 1, noch überhaupt von den Kompensationsvorschriften die gegenseitigen Forderungen aus demselben Rechtsgeschäfte, in welchem Falle nicht zwei selbständige Obligationen gegenüberstehen, sondern die eine Forderung durch die andere beschränkt ist. Strieth. 45, 13. Die Mot. 234 sprechen dies nur für den Fall aus, daß dies Rechtsgeschäft nach der K.Eröffnung entstanden ist, weil allerdings unmittelbar nur dieser Fall unter Nr. 1 gehört. Der Grundsatz gilt aber aus demselben Grunde auch, falls aus demselben Rechtsgeschäfte vor der K.Eröffnung Jemand eine Forderung an den G.Schuldner und eine Schuld gegen denselben, welche durch die K.Eröffnung Forderung der Masse wurde, hatte. Die Aufrechnung ist daher auch in diesem Falle zulässig, sofern nur Forderung und Schuld zur Zeit der

K.Eröffnung entstanden waren, und die Schuld an die Masse nicht erst nach der K.Eröffnung entstand (vgl. folg. Abs.). Demnach kann der Pächter des G.Schuldners auch jetzt, wie nach A.L.R. I. 16 § 326 seine Forderungen für Verbesserungen, welche er vor der K.Eröffnung gemacht hat, gegen seine für die Zeit bis zur K.Eröffnung rückständig gebliebenen Pachtgelder kompensiren. Ebenso kann er seine Schuld für Deteriorationen und Defekte, welche mit dem Eintritte derselben, wenngleich unter Umständen bis zur Pachtbeendigung betagt, entsteht (vgl. Anm. 4 zu § 52) gegen seine Forderung auf Rückgewähr der Pachtkaution aufrechnen, welche mit der Bestellung derselben, wenngleich nur als betagte bez. bedingte entsteht. Die Vorschrift des A.L.R. I. 16 § 325, welche die letztere Aufrechnung im Konkurse des Verpächters untersagt, ist als eine nur für die Konkurs-Aufrechnung gegebene, wie der Zusammenhang der §§ 317—327 und die Marginalien zu §§ 317, 327 ergeben, durch E.G. § 4 aufgehoben. Von v. Sarwey S. 357, 353, 355 wird sie mit Unrecht als eine auch außerhalb des Konkurses geltende bezeichnet.

Wesentlich ist für die Unzulässigkeit der Kompensation nach Nr. 1, daß der Gläubiger, welcher aufrechnen will, erst nach der K.Eröffnung zur Masse schuldig wurde. Entscheidend ist, daß die Forderung des Verwalters für die Masse durch ein Rechtsgeschäft des Verwalters, durch Leistungen aus der Masse (vgl. Anm. 4 zu § 52), durch Verletzungen der Rechte der Masse, durch Erwerb eines früher einem Dritten zustehenden Anspruchs für die Masse erst nach der K.Eröffnung überhaupt entstanden oder dem Gläubiger gegenüber begründet ist. Dernburg II. § 120. v. Sarwey S. 373. Der Pächter des G.Schuldners kann daher nicht seine K.Forderung auf Rückgewährung der Kaution oder auf Entschädigung für vorzeitige Kündigung gegen den Pachtzins aufrechnen, welchen er für die Zeit seiner Benutzung nach der K.Eröffnung zur Masse zahlen muß. Anm. 8 zu § 17, Anm. 5 zu § 21, Anm. 4 zu § 52, Strieth. 19, 232, Entsch. 61, 409. Der Schuldner einer zur Masse zu zahlenden Schuld darf auch nicht eine nach der K.Eröffnung erworbene Forderung an den G.Schuldner aufrechnen; denn diese ist er nach § 2 überhaupt nicht berechtigt, im K.Verfahren geltend zu machen.

Von der unbedingt zulässigen Aufrechnung einer Masseschuld gegen eine Forderung zur Masse ist hier nicht die Rede. Das Recht dazu steht beiden Theilen zu. Ebenso kann der Verwalter mit einer Schuld zur Masse gegen eine aus der Masse zu zahlende Dividende oder eine sonst auszuzahlende berechtigte Forderung kompensiren. Fuchs S. 85. — Auch die Kompensation gegen eine nach der K.Eröffnung entstandene Forderung des G.Schuldners mit einer vorher oder nachher entstandenen Forderung an denselben wird vom § 48 nicht berührt, und durch § 11 nicht gehindert; jene Forderung ist nicht Bestandtheil der Masse. Fuchs S. 85. Ueber die Anwendbarkeit von Nr. 1, 2 auf alle nach der Gesetzeskraft der K.O. eröffneten Konkurse vgl. Anm. zu E.G. § 10.

2) Zu Nr. 2. Wenn ein Schuldner vor der K.Eröffnung dem G.Schuldner etwas schuldig war, und nach derselben eine Forderung an den G.Schuldner erwarb, so würde die letztere, wenn sie überhaupt erst nach der K.Eröffnung entstanden ist, im Konkurse nach § 2 nicht geltend gemacht, also auch nicht aufgerechnet werden können. War sie an sich schon vor der K.Eröffnung entstanden und überhaupt im Konkurse zu berücksichtigen, also eine K.Forderung, so kann für dieselbe nicht noch nach der K.Eröffnung das Kompensations-Absonderungsrecht dadurch erworben werden, daß ein Anderer dieselbe erwirbt, welcher dem G.Schuldner schuldete, § 12 und Vorbem. 3 vor § 46. Aus diesem Grunde ist es für diesen Fall gleichgültig, durch welches Verhältniß er die K.-Forderung erwirbt, ob durch Kauf, Cession, sonstige Singularsuccession oder durch Universalsuccession. Auch dem Erben ist diese Kompensation versagt. Mot. 235, 236.

Der Fall, daß der Schuldner eine bedingte Forderung schon vor der K.Eröffnung erworben hätte und nur die Bedingung erst nachher eingetreten ist, gehört nicht hierher,

sondern unter die Fälle zulässiger Kompensationen nach § 47. Wann eine Forderung **erworben** sei, ist nach dem maßgebenden Civilrechte zu entscheiden. Die Forderung des Indossanten eines vom G.Schuldner acceptirten oder ausgestellten Wechsels, welchen der Indossant vor der K.Eröffnung erhalten und begeben hatte, und nach derselben wieder einlösen mußte, war in R.O.H. 17, 338 und 406 als erst durch Einlösung entstanden erklärt, während vorher nur die Möglichkeit zur Entstehung vorhanden gewesen sei. Das preuß. Obertrib. erklärte dagegen für die analoge Vorschrift der P. § 97 nicht die Zeit der Einlösung, sondern die der Acceptation bez. des Indossaments für entscheidend, indem mit der Einlösung nur die Bedingung eingetreten ist, von welcher die schon vorher begründeten Erstattungsverpflichtungen und Regreßrechte abhingen. Strieth. 36, 130; 39, 136; 43, 147; 71, 303. (Anders in früheren Entscheidungen: Präj. 2054; Entsch. 7, 355; 35, 204; Strieth. 23, 322.) Vgl. Anm. 1 zu § 60. In der That ist die Forderung als bedingte anzusehen und gemäß § 47 aufrechnungsfähig. Dies ist nach der K.O. um so mehr anzunehmen, als eine entgegengesetzte Entscheidung in offenbarem Widerspruch mit der für den Fall zu Nr. 3 in gleicher Lage zu treffenden Entscheidung treten würde. Vgl. nachst. Anm. 6. Demnächst hat auch das Plenum des R.O.H. (24, 1—11) angenommen: der Anspruch des Indossanten gegen die Vormänner und den Acceptanten hat seinen Rechtsgrund in dem Wechselnexus, in welchem der Indossant beim Umlauf des Wechsels als Berechtigter getreten war; der hierdurch für den Indossanten begründete Anspruch ist durch die Weiterbegebung des Wechsels nicht erloschen, vielmehr an dessen Wiedereinlösung nur als an eine Voraussetzung seiner Geltendmachung geknüpft zu erachten. Das Reichsgericht hat seitdem den gleichen Grundsatz angenommen. Vgl. Petersen S. 239, v. Völderndorff I. S. 505. A.M. Hullmann S. 192; v. Sarwey S. 375, 377; Stieglitz S. 341.

Ebenso ist als bedingt entstanden die Forderung eines Bürgen anzusehn, welcher auf Grund einer schon vor der K.Eröffnung übernommenen Bürgschaft erst nach derselben für den G.Schuldner einen verbürgten Betrag gezahlt hat. Strieth. 35, 300. Vgl. Anm. zu E.G. § 10. Hullmann S. 190, 191. Darüber, in welcher Höhe der Bürge in Folge der Bürgschaft gesetzlich ohne Weiteres aufrechnen kann oder dazu die Cession des Gläubigers nöthig ist, bleibt das bürgerliche Recht durch die K.O. unberührt. Demnach ist A.L.R. I. 16 § 328 noch in Geltung; ebenso § 329.

3) Zu Nr. 3. Sind sowohl die Forderung als die Schuld vor der K.Eröffnung entstanden, also an sich kompensabel, so soll der Schuldner nicht aufrechnen können, wenn er beim Erwerb der Forderung gewußt hat, daß bereits der K.Anspruch aller Gläubiger eingetreten war, welchen er zu verletzen nicht berechtigt ist. In Uebereinstimmung mit §§ 23, 42 ist auch hier der Eintritt des K.Anspruchs mit der Zahlungseinstellung bez. dem Eröffnungsantrage angenommen und die Kenntniß davon deshalb als maßgebend für die Unzulässigkeit der Aufrechnung angenommen. In Anwendung der allgemeinen Grundsätze der K.O. über das Verhältniß der K.Gläubiger zur Masse (Vorbem. 3 vor § 46) soll mit einer solchen Kenntniß der Schuldner für seine Forderung ein Kompensations-Absonderungsrecht nicht „durch ein Rechtsgeschäft mit dem G.Schuldner" und auch nicht „durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers" erwerben können. Eine Benachtheiligung der Masse würde stets durch die Wirkung der Kompensation erfolgen. Prot. 45, 46. Ein Rechtsgeschäft mit dem G.Schuldner würde an sich gemäß § 23 Nr. 1 bez. 2 anfechtbar sein; bei der Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers würde aber eine Handlung des G.Schuldners nicht vorliegen und daher eine Anfechtbarkeit nach § 23 nicht Anwendung finden können. Die K.O. „zieht es deshalb vor, mit P. § 97 Nr. 3, der engl. bankruptcy act. 39 und dem dän. K.Ges. § 15 die **Anfechtbarkeit** der durch einen solchen Forderungserwerb bewirkten **Kompensation** ausdrücklich auszusprechen, anschließend an den Fall, daß der Schuldner die Forderung

an den G.Schuldner durch ein Rechtsgeschäft mit diesem selbst erworben hat". Mot. 236 bis 238.

Nur die Anfechtbarkeit der Aufrechnung als „im K.Verfahren unzulässig" (gleichbedeutend mit „den K.Gläubigern gegenüber unwirksam" im § 22) wird durch die Vorschrift der Nr. 3 betroffen. Da die Aufrechnung ebenso wie die Absonderung außerhalb des K.Verfahrens erfolgt, gestaltet sich auch das Verfahren, wie im Falle des § 22. Sofern ein Rechtsgeschäft des G.Schuldners, welches den Erwerb bewirkt, nach §§ 22 ff. anfechtbar ist, bleibt die Zulässigkeit dieser Anfechtung durch Nr. 3 unberührt.

Der Fall, wo die Forderung selbst gleichzeitig mit der Gegenforderung durch dasselbe Rechtsgeschäft entstanden ist, wird von § 48 ebenso wenig, wie der Fall gleichzeitiger Hypothekbestellung bei Entstehung der Forderung vom § 23 (vgl. Anm. 9 zu § 23), betroffen. Der Grund ist der in Anm. 1 vorst. angegebene; daß eine eigentliche Kompensation zwischen Forderungen aus demselben Rechtsgeschäfte nicht stattfindet. Vorausgesetzt ist auch hier, daß Jemand vorher dem G.Schuldner etwas „schuldig war" und darauf eine Forderung an ihn „erworben hat". Vgl. Mot. 234. Petersen S. 240. Die Bemerkung von Hullmann S. 193 über einen solchen Unterschied der Anfechtungen nach § 23 und nach § 48 ist daher nicht zutreffend. Vgl. die Uebergangsbestimmung im E.G. § 10.

4) Ein durch Universalsuccession geschehener Erwerb der Forderung wird von der Anfechtung zu Nr. 3 nicht getroffen. „Nur fraudulöse Operationen unterliegen der Anfechtung." Mot. 238. Abweichend vom Falle zu Nr. 2 Anm. 2.

5) Die Kenntniß muß der Verwalter nachweisen, welcher sie dem aufrechnenden Schuldner gegenüber behauptet. Der Letztere hat zwar die Bedingungen der Zulässigkeit seiner Aufrechnung im Konkurse nachzuweisen. Dies thut er aber durch den Nachweis, daß Forderung und Schnld vor der K.Eröffnung entstanden sind. Will der Verwalter die hindernde Kenntniß entgegensetzen, so ist dies ein eigentlicher, von ihm zu beweisender Anfechtungseinwand. In den Mot. 237 ist allerdings die Vorschrift des § 23 Nr. 2 besonders hervorgehoben; indeß nur zur Gewinnung des Rechtsgrundes für die sachliche Bestimmung und nicht hinsichtlich der Feststellung der Beweislast. (Auch die „zehn Tage" vor dem kritischen Zeitpunkte sind aus § 23 Nr. 2 hier nicht mit übernommen.) Durchgreifend ist, daß hier nicht die Fassung gewählt ist, welche für die K.O. sonst (§§ 23 Nr. 2, 24 Nr. 2, 33 Nr. 2) die regelmäßige und dem Wortausdrucke entsprechend ist, wenn dem Gegner die Beweislast auferlegt werden soll. In gleicher Weise ist die Beweislast in der R.K. aufgefaßt; ein Antrag, dieselbe durch die Fassung: „sofern er nicht beweist, daß ihm — nicht bekannt war" dem Gläubiger aufzulegen, ist abgelehnt. Prot. 45, 46. Auch den von ihm behaupteten Zeitpunkt einer Zahlungseinstellung vor der K.Eröffnung hat der Verwalter zu beweisen. Vorb. 2 vor § 22.

Die entprechende Anwendung des § 26 auf die Anfechtung der Kompensation d. h. des dieselbe sonst bewirkenden Forderungserwerbs hat die Bedeutung, daß die Rechtshandlung, durch welche der Erwerb geschieht, nicht früher als 6 Monate vor der K.Eröffnung erfolgt sein darf.

6) Abs. 2 fehlte im E. I. § 54 und ist von der Vork. zugesetzt. Er betrifft nur den Fall des § 48 Nr. 3, nicht die Fälle zu Nr. 1 und 2. Der von Nr. 1 und 2 betroffenen Untersagung des Erwerbes besonderer Rechte nach der K.Eröffnung kann gemäß dem gesammten Systeme der K.O. nirgends der Einwand entgegengestellt werden, daß der betroffene Dritte von der K.Eröffnung keine Kenntniß erhalten habe. Vgl. §§ 6, 12. Mot. 38. Der Abs. 2 schließt sich auch in dem Ausdrucke: „Uebernahme der Forderung oder Befriedigung des Gläubigers" an den Fall zu Nr. 3 an. Ebenso begründen die Mot. 238 den Abs. 2 lediglich als Ausnahme von Nr. 3.

Die Ausnahme des Abs. 2 wird praktisch besonders in dem in Anm. 2 erwähnten Falle wichtig, wenn die Einlösung eines vom G.Schuldner zu zahlenden Wechsels erst später erfolgt war, die Verpflichtung dazu aber schon vor der K.Eröffnung entstanden war. Für diesen Fall ist gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des Abs. 2 die Aufrechnung selbst dann zulässig, wenn man nicht schon in der Erwerbung bez. Begebung des Wechsels den Erwerb einer bedingten Forderung findet.

7) Der aufrechnende Schuldner muß zum Nachweise der Zulässigkeit der Aufrechnung beweisen, daß er schon zur Zeit der K.Eröffnung zur Uebernahme oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war. Vgl. §§ 6, 12. Vorbem. 3 vor § 46. Seine Unkenntniß von der Zahlungseinstellung oder vom Eröffnungsantrage braucht er nicht zu beweisen.

§ 49.

Die Bestimmung des § 42 findet entsprechende Anwendung auf den Fall, daß ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach § 48 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Konkursforderung vornimmt.[1)]

E. I. 55.

1) Die Bedeutung des § 49 wird durch Anm. 1 zu § 42 erläutert. Dem § 42 sind nur die Fälle zu § 48 Nr. 2, 3 (nicht Nr. 1) analog. Fuchs S. 88. Vgl. ferner die Uebergangsbestimmung im E.G. § 10.

Die Frage, wann in einem inländischen Konkurse ein Schuldner berechtigt ist, der K.Masse die Kompensation entgegenzusetzen, ist nach dem K.Rechte des Inlandes, also nach der K.O. zu entscheiden. Ist in einem ausländischen Konkurse eine Forderung nach dortigem K.Rechte erloschen, so kann sie auch gegen einen Inländer nicht geltend gemacht werden. Ist die Forderung jedoch nicht aufgehoben, sondern nur hinsichtlich der (prozessualischen) Geltendmachung durch Kompensation im Auslande beschränkt, so kann diese ausländische Unzulässigkeit der Kompensation dem kompensirenden inländischen Schuldner nicht entgegengesetzt werden. Vgl. R.O.H. 9, 7; 10, 226; 15, 8. Ueber das internationale Recht betreffend die Befugniß zur Aufrechnung gegen cedirte Forderungen vgl. die Litteratur in Mot. 238 Anm. 2.

Siebenter Titel.

Massegläubiger.

Durch die im Interesse aller Betheiligten erfolgende Beschaffung, Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse und durch das hierzu nöthige eigentliche Konkursverfahren entstehen Kosten und Verbindlichkeiten (Massekosten und Masseschulden), deren Befriedigung aus der Masse sich die K.Gläubiger wegen des der Entstehung zu Grunde liegenden gemeinschaftlichen Zwecks vor ihrer eignen Befriedigung gefallen lassen müssen. Die Gläubiger solcher Forderungen an die Masse nennt die K.O., Massekosten und Masseschulden zusammenfassend, „Massegläubiger" (vgl. Ueberschrift des Tit. 7, ferner § 53 und Prot. 49); die Ansprüche selbst in gleicher Gesammtbedeutung „Masseansprüche" (vgl. §§ 121, 159, 176).

Die K.Masse bleibt Eigenthum des G.Schuldners und wird in seiner Vertretung verwaltet, § 5. Die Ansprüche der Massegläubiger sind daher Schulden des G.-Schuldners. Zu den K.Gläubigern dagegen stehen die Massegläubiger nicht im Ver-

hältnisse eines Gläubigers zu seinem Schuldner. Eine Succession der K.Gläubiger in die Eigenthums- und Verfügungsrechte findet nicht statt. Vorb. 1 vor § 1. Die K.-Gläubiger brauchen also auch die Forderungen der Massegläubiger nicht persönlich zu decken. Auch der Verwalter haftet dafür nicht persönlich, da er nicht für sich und in eigenem Namen, sondern nur in gesetzlicher Vertretung des G.Schuldners handelt. Die Ansprüche der Massegläubiger entstehen gegen den G.Schuldner zu K.Zwecken erst nach der K.Eröffnung, so daß die K.Gläubiger die Verminderung der Masse durch jene Ansprüche als verbindlich anerkennen müssen. Die Ansprüche sind daher aus der K.Masse zu befriedigen vor und unabhängig von der Befriedigung der K.Gläubiger, welche die K.Masse nur deducto aere alieno zur gemeinsamen Befriedigung beanspruchen können. Mot. 239, 240. Der G.Schuldner bleibt vor, während und nach dem Konkurse dasselbe Rechtssubjekt des Aktiv- und Passivvermögens, welches die Masse bildet, und ist fortwährend Träger der Verbindlichkeiten und Rechte, mit der Verpflichtung, als verbindlich für sich anzuerkennen, was während des Konkurses gesetzlich für ihn geschehen ist, §. 5. Strieth. 54, 291. Was ein Vertreter thut, „hat verbindliche Kraft für den G.Schuldner auch über die Dauer der Verwaltung hinaus." R.G. 2, 24. Der G.Schuldner ist für die Masseschulden den Massegläubigern persönlich verpflichtet. Er haftet ihnen für den aus der K.Masse erwachsenden Ausfall, mag die K.Masse an sich unzureichend oder ohne Berücksichtigung von Masseansprüchen vertheilt sein. So auch Hagens in der R.K. Prot. 109; Dernburg II. § 117 Anm. 21; Stieglitz S. 350, 353; Mandry S. 246. Abweichend will Schultze Konk.-Recht in s. jurist. Grundl. S. 46, 47 die Verhaftung des G.Schuldners nur bis zum Umfang der K.Masse gelten lassen, so daß er den aus der Masse nicht befriedigten Massegläubiger nicht weiter schulde. Vgl. hiergegen Anm. 3 zu § 5 am Schlusse. v. Völderndorff I. S. 512 meint: „die Masse als solche in ihrer Eigenschaft als Befriedigungsobjekt der K.Gläubiger, demnach als eine Art von Zweckvermögen hafte allein den Massegläubigern"; gegen eine solche Erhebung der Masse zum Rechtssubjekt, welche in der K.O. keinen Anhalt findet, vgl. Vorb. 2 vor § 1. Indeß nimmt auch v. Völderndorff I. S. 516, 517; II. S. 443 eine begrenzte Haftung des G.Schuldners an: er hafte (eventuell, wenn die Masse nicht ausreiche) nur dann, wenn das Rechtsverhältniß, aus welchem die Verpflichtung hervorgeht, an die Person des G.Schuldners geknüpft, durch ihn verschuldet, bez. in seinem Interesse eingegangen sei, was für die Kosten in Folge des Insolvenzgrundes stets, für andere Masseschulden nicht immer der Fall sei. Diese Aufstellung entbehrt jedoch der juristischen Begründung, sowie der Konsequenz. Die Insolvenz, welche das K.Verfahren und dessen Kosten verursacht, veranlaßt damit auch die gesetzliche Nothwendigkeit und die Thätigkeit des Verwalters, sowie das Verfahren in jeder Beziehung, also auch die Ermöglichung aller Masseschulden.

Die Stellung des K.G.Schuldners, sofern er ebenfalls Massegläubiger sein kann und als solcher dem K.Verwalter gegenüber tritt, hat ihre sachliche Würdigung schon in Vorb. 2 zu III. vor § 1 gefunden. Der G.Schuldner kann insbesondere hinsichtlich seiner Ansprüche aus § 1 Abs. 2, der Ansprüche auf das nicht zur K.Masse gehörige Vermögen nach § 52 Nr. 3 (Anm. 2 V. und 3 zu Nr. 1), aus einer bewilligten Unterstützung nach §§ 51 Nr. 3, 120, und aus einer Veranlassung zur Dienstleistung seitens des Verwalters (Dienstmiethe, § 52 Nr. 1) Massegläubiger sein. Der Vorschlag von Stieglitz (S. 350, 351 Anm.), für diese Fälle einen Vertrag zwischen dem Verwalter und dem G.Schuldner auf Freigebung aus der Masse anzunehmen, klärt die Rechtstellung des Verwalters nicht auf. Der Annahme, daß er in solchen Fällen die Gläubiger vertrete, stehen alle Bedenken einer proteusartigen Vertretung bald des Einen bald des Anderen und der hierfür in der K.O. fehlende Anhalt entgegen. Vorb. zu 2 vor § 1. Formell kann freilich der G.Schuldner weder sein eigner Gläubiger oder Schuldner sein,

noch gegen sich selbst prozessiren, noch mit sich kontrahiren. Der Verwalter tritt, wie er allgemein kraft Gesetzes den G.Schuldner als einen seinen Gläubigern dem K.Zwecke gemäß gesetzlich gerecht werdenden Vermögensinhaber hinsichtlich der K.Masse vertritt, in solchen Fällen, wo er dem G.Schuldner persönlich entgegen steht, als objektives Organ und als Wächter des Gesetzes selbst zu demselben Zwecke auf. Er hat insoweit dem G.Schuldner gegenüber eine staatsanwalt-ähnliche Stellung.

---

§ 50.

Aus der Konkursmasse sind die Massekosten und Masseschulden vorweg zu berichtigen.[1]

E. I. 56. P. 40.

1) Die K.O. kennt abweichend von E. I. und P. keine Sondermassen im Konkurse, sondern nur eine K.Masse. Aus derselben sind die Kosten und Schulden zu entnehmen, ohne Rücksicht, ob und wie sie die einzelnen Gegenstände betreffen, auch ob sie solche Gegenstände betreffen, hinsichtlich welcher Absonderungsrechte geltend gemacht werden können oder gemacht werden. Voraussetzung ist nur, daß die Ansprüche die Masse nach §§ 51, 52 belasten. Hat der Verwalter die Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung eines K.Grundstücks oder die Verwerthung eines Absonderungsrechten unterliegenden beweglichen Gegenstandes nach §§ 116, 117 veranlaßt, so treffen die dadurch verursachten Kosten die ganze Masse, § 52 Nr. 1. Wenn dagegen ein Absonderungsberechtigter desfallsige Maßregeln beantragt, so können die dafür entstandenen Kosten nicht aus der K.Masse erhoben werden, soweit nicht eine rechtlose Bereicherung der Masse durch eine ohne Abzug der Kosten erfolgende Einziehung des Erlöses erfolgt, § 52 Nr. 3. Da die Ausübung des Absonderungsrechts unabhängig vom K.Verfahren und außerhalb desselben erfolgt, so kann dadurch die Entstehung einer Anlegung einer Sondermasse außerhalb des K.Verfahrens veranlaßt werden, etwa behufs der noch vorzunehmenden bez. streitigen Vertheilung. Aus einer solchen sind die in Beziehung auf dieselbe entstandenen Kosten und Schulden einzuziehen; letztere können aber im Falle ihrer Unzulänglichkeit ohne einen Grund aus §§ 51, 52 der K.Masse nicht aufgebürdet werden. Mot. 240—242.

Abgesehen von der Bildung solcher Sondermassen außerhalb des K.Verfahrens sind also alle Kosten, auch wenn sie Grundstücke bez. Absonderungs-Objekte betreffen, aus der einen K.Masse zu tragen. Sofern jedoch solche Sondermassen gebildet werden müssen, können sie mit der K.Masse hinsichtlich der Kosten, welche ein Dritter aus der einen, wie aus der andern verlangen kann, in Konkurrenz treten. Die Mot. 241, 242 bemerken darüber: „die Preuß. K.O. § 40 schreibt die Berichtigung der Massekosten oder Masseschulden aus derjenigen Masse ausschließlich vor, in Bezug auf welche dieselben entstanden sind" (was im P. § 46 für die Immobiliarmasse vorausgesetzt bez. wiederholt ist). „Wird das Absonderungsrecht ausgeübt, insbesondere die Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung eines Grundstücks ausgebracht, oder geschieht dies von dem K.Verwalter, oder führt das Recht an einer beweglichen Sache oder sonst ein Recht zur Bildung einer sog. Sondermasse, so besteht die K.Masse und jede Sondermasse selbständig und abgeschlossen für sich; die Ausübung des Absonderungsrechts erfolgt unabhängig vom K.Verfahren und außerhalb desselben. Darum ist materiell der Grundsatz der preuß. K.O. zwar von dem Entwurf anzuerkennen; aber die Vorschrift aufzunehmen, läge außerhalb des Bereichs einer K.O." Welche Gläubiger als Massegläubiger zu einem Anspruch auf eine solche außerhalb des K.Verfahrens zu behandelnde Sondermasse berechtigt sind, ist nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte zu entscheiden; ebenso ob ein Dritter, welcher einen Berechtigten befriedigt hat, mit oder ohne Cession aus der Sondermasse Erstattung ver-

langen kann. Daß zu Letzterem der Verwalter hinsichtlich der Immobiliarmasse auch ohne Cession befugt ist, folgt aus der für dieselbe im § 39 gegebenen Zweckvorschrift. Anm. 2 zu § 39.

Das Verfahren zur Befriedigung der Masseansprüche erfolgt außerhalb des K.-Verfahrens. Es ist, wie bei Aus- und Absonderungsansprüchen, gegen den Verwalter zu richten, § 5; für diesen selbst und für die Auslagen und Gebühren der Mitglieder des Gläubigerausschusses durch Festsetzung des K.Gerichts zu erledigen, §§ 77, 83; sonst in Ermangelung gütlicher Erledigung im Prozeßwege gegen den Verwalter. Wegen der Genehmigung des Gläubiger-Ausschusses vgl. § 121 Nr. 2; wegen der Präklusion der Massegläubiger vgl. § 159. Gegen das Andringen eines Massegläubigers bez. gegen Zwangsvollstreckungen für einen solchen einen Betrag für sich selbst oder andere Massegläubiger zu reserviren, ist der Verwalter außer der Anwendbarkeit des § 53 nicht befugt.

§ 51.

Massekosten sind:[1]

1. die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren;[2]
2. die Ausgaben für die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse;[3]
3. die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung.[4]

E. I. 57. P. 41.

1) Zu den Massekosten gehören nicht: die Kosten eines, nicht für das K.Verfahren (§ 52 Nr. 1), sondern behufs dessen Beseitigung vom G.Schuldner veranlaßten, Akkordverfahrens, §§ 160 ff.; auch nicht die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme entstehen, § 56 Nr. 2. Die Kosten eines besonderen Prozesses zur Feststellung streitiger K.Forderungen, § 134, fallen dem unterliegenden Theile zur Last, C.P.O. § 87. Beim Unterliegen des Verwalters trägt sie die Masse als Masseschuld, § 52 Nr. 1. Gegen die Annahme in den Mot. 242 will v. Völderndorff I. S. 518, 519 die Kosten des Zwangsvergleichsverfahrens als Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren (§ 52 Nr. 1) von der Masse tragen lassen, wenn der Antrag verworfen wird; wesentlich weil sonst nichts anderes übrig bleibe, der G.Schuldner selten zur Zahlung im Stande sei, und der Staat sie doch nicht tragen könne. Dernburg II. § 117 S. 287 zu Anm. 23 rechnet die Kosten des Akkordverfahrens in allen Fällen zu den gemeinschaftlichen Massekosten. Indeß das Zwangsvergleichsverfahren erfolgt nur auf den ohne gemeinsames Interesse möglichen Antrag des G.Schuldners, welcher gerade im Falle der Verwerfung sich als nicht für das allgemeine Interesse gerechtfertigt zeigt. Gerichtsgebühren werden für das Verfahren nach dem Ger.-Kost.-Ges. v. 18. Juni 1878 §§ 50 ff. nicht besonders erhoben. Dagegen erwachsen Auslagen durch die öffentliche Bekanntmachung. Der G.Schuldner hat sie als Antragsteller nach §§ 81, 84 Ger.-Kost.-Ges. zu tragen. Außerdem können etwaige Kosten des Verwalters in Betracht kommen. Wegen der Erstattung der Anwaltsgebühren der einzelnen Konkursgläubiger nach dem Zwangsvergleiche s. Anm. 1 zu § 178.

Vor der K.Eröffnung können die Massekosten zu Nr. 1, 2, 3 begrifflich nicht entstehen, da vorher weder ein gemeinschaftliches Verfahren erfolgt, noch eine K.Masse besteht, noch eine Unterstützung bewilligt sein kann. Ob ein Dritter, welcher die nach der K.Eröffnung entstandenen Kosten dem für dieselben forderungsberechtigten Gläubiger gezahlt hat, durch die Zahlung von selbst an dessen Stelle tritt oder dazu einer Cession des Gläubigers bedarf, ist nach Landesrecht zu entscheiden. Vgl. Anm. 8 zu § 12. Dabei

ist jedoch hinsichtlich der Vorschriften des A.L.R. I. 16 §§ 46, 47 zu berücksichtigen: das Recht des Massegläubigers, aus der Masse unmittelbar voll Zahlung zu beanspruchen, ohne auf eine Vertheilung für die K.Gläubiger zu warten, ist in den meisten Fällen namentlich des § 52 Nr. 1 nicht ein Vorrecht, welches im Sinne des § 47 der Forderung kraft ihrer Qualität beigelegt wäre, so daß die Forderung auch ohne dies Vorrecht nach A.L.R. I. 16 § 46 bestehen könnte; es ist vielmehr ein mit der Forderung immanent untrennbar, ohne die Möglichkeit einer Scheidung nach §§ 46, 47 verbundenes Recht, ohne welches in Folge des Grundes der Forderung und des Zwecks der sie begründenden Leistung die Forderung selbst nicht bestände.

In den Mot. 242, 244, 249 werden die Massekosten als der zur Durchführung des Befriedigungsverfahrens sachlich nothwendige Aufwand bezeichnet, und im Gegensatze dazu die Masseschulden als die fremden aus der Masse zunächst auszusondernden Bestandtheile. Die Bezeichnung ist hinsichtlich der Vorschriften zu § 51 Nr. 2 und § 52 Nr. 1 weder ganz zutreffend, noch ist eine absolut scharfe Sonderung nach diesen Vorschriften möglich. Vgl. Anm. 3 und § 52 Anm. 1.

2) Zu Nr. 1. Zum Begriffe der Massekosten der Nr. 1 (sog. sumtus processus d. h. des Verfahrens) ist erforderlich, daß die Kosten a. gerichtliche, b. das gemeinschaftliche Verfahren betreffende und zwar c. für dasselbe entstanden sind. Dazu gehören die durch die K.Verwaltungs-Organe: Verwalter, Gläubigerausschuß, Gläubiger-Versammlung bez. durch das K.Gericht, soweit es von Amtswegen thätig sein muß, veranlaßten Gerichtskosten für das K.Verfahren, für Ermittelung, Sicherung und Verwerthung der Aktivmasse, Haft des G.Schuldners, offenen Arrest, Eintragung von Sperrvermerken, Inventur, Kosten des gemeinschaftlichen Verfahrens zur Feststellung der Passivmasse, Vertheilung, Beendigung des Verfahrens und die Kosten der allgemeinen (Wahl-, Prüfungs- und Schluß-) Termine (Mot. 243); insbesondere die jene Akte betreffenden K.Gerichts-Auslagen des § 73 Ger.-Kost.-Ges. und die Gebühren der §§ 51, 55, 58 Abs. 1 das. (unbeschadet der Haftung der Sondermasse für § 55), sowie die den Verwalter treffenden Kosten der Beschwerde nach § 57; dagegen nicht: die durch die Anträge einzelner Betheiligter erwachsenden Auslagen und Gebühren der §§ 53, 54, 58 Abs. 2 und die nicht den Verwalter treffenden Beschwerdekosten des § 57 des Ger.-Kost.-Ges. Der K.Eröffnungs-Beschluß ist die Entscheidung, durch welche der G.Schuldner im Sinne des § 86 Ger.-Kost.-Ges. als Schuldner der allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens erklärt wird. Mit der K.Eröffnung entsteht die Masseverpflichtung bez. die Verpflichtung des G.Schuldners zur Zahlung der allgemeinen Kosten, vgl. §§ 86, 92 Ger.-Kost.-Ges. Gläubiger der Forderung ist das Gericht bez. die zur Erhebung der Gerichtskosten berechtigte Behörde. Eine Ausnahme hinsichtlich dieser Gläubiger-Eigenschaft wird jedoch für den Fall begründet, wenn ein Gläubiger die K.Eröffnung beantragt, und deshalb § 86 Ger.-Kost.-G. einen Gebührenvorschuß zahlen muß. Mit der K.Eröffnung ist der Vorschuß auf die Konkursgebühr zu verrechnen und zu den Massekosten (§ 51 Nr. 1) zu zählen. Die Haftpflicht des Antragstellers für den Kostenvorschuß besteht zwar von der Gebührenpflicht unabhängig neben derselben (§ 86, 90 G.K.G.) Mot. z. G.K.G. Indeß nach § 92 Ger.-K.G. wird durch die Bestimmungen der §§ 81—91, also auch durch die Vorschußpflicht des Antragstellers eine nach den Vorschriften der K.O §§ 50—53, 130 begründete Verpflichtung zur Zahlung der entstandenen Gebühren und Auslagen nicht berührt. Die Masse wird also durch den Umstand, daß der Vorschuß schon vorher gezahlt ist oder auch nach der K.Eröffnung noch vom Antragsteller verlangt werden kann bez. beigetrieben wird, von der Verpflichtung nicht befreit, daß nach §§ 50, 51 Nr. 1 alle Gerichtskosten für das gemeinschaftliche Verfahren, mithin auch die vom Gläubiger als K.Antragsteller vorgeschossenen aus der Masse vorweg zu befriedigen sind. Der Gläubiger hat also einen (durch die K.Eröffnung und seine Zahlung bedingten) Masseanspruch und wird

mit der K.Eröffnung Massegläubiger. Der G.Schuldner, welcher die Eröffnung beantragt, ist zugleich Schuldner des Vorschusses und der Massekosten und kann daher (gegen v. Völderndorff in Busch Zeitschr. Bd. 2 S. 180) eine Erstattung aus der Masse nicht fordern; ebensowenig also ein für ihn zahlender Dritter. Von einem Darlehn an die Masse, bevor eine solche existirte, ohne Betheiligung des Verwalters als Darlehnsempfängers, bez. durch Zahlung an den G.Schuldner „als Empfangsvertreter der Masse" (v. Völderndorff a. a. O.), kann nicht die Rede sein.

3) Zu Nr. 2. Nr. 2 betrifft die außergerichtlichen Kosten bez. sog. sumtus oeconomici. Dernburg II. § 117 Nr. 3; Koch zu P. 41. Einbegriffen sind alle, mit Rücksicht auf die thatsächliche Ausübung des Verwaltungs- und Verwerthungsrechts gesetzlichen Ausgaben für Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung. Darunter gehören auch „die auf den K.Grundstücken haftenden öffentlichen und gemeinen Abgaben, also alle Grundsteuern, Leistungen zu Brücken- und Wegebauten, Kirchen- und Pfarrbauten, die Deichlasten, Schul-, Ortsarmen-Abgaben und dergl. dingliche Lasten, sofern sie Leistungen für die Zeit des Verfahrens betreffen; denn wenn auch der G.Schuldner nicht persönlich für sie verpflichtet ist, so läßt sich ohne sie der belastete Vermögenstheil nicht benutzen und verwerthen", Mot. 243; aus gleichem Grunde auch die Einquartierungslast des Grundstücks, Strieth. 81, 175. Persönliche Steuern des G.Schuldners gehören nicht zu Nr. 2, wohl aber Gewerbesteuern eines für die Masse fortgesetzten Gewerbebetriebs. Ferner gehören dazu die Gebühren und Auslagen des Verwalters und der Mitglieder des Gläubiger-Ausschusses, die eigentlichen Verwaltungs- und Wirthschaftskosten. Mot. 243. Ueber das Recht des Verwalters, bezahlte Reallasten bei der Immobiliarmasse zu liquidiren vgl. Anm. 2 zu § 39 u. Anm. zu § 50.

Zu der Klasse der Ausgaben unter Nr. 2 können begrifflich auch solche gehören, welche den Charakter von Masseschulden nach § 52 haben, namentlich Forderungen Dritter aus Verträgen, welche sie mit dem Verwalter abgeschlossen oder nach der K.Eröffnung fortgesetzt haben, sowie aus Bereicherung der Masse. Sofern es sich für diese nach § 53 darum handelt, ob sie zu den Masseschulden oder zu den Massekosten gehören, ist die Qualität einer Masseschuld nicht deshalb zu bestreiten, weil sie auch zu den Massekosten nach § 51 Nr. 2 gerechnet werden können. Die Bemerkung in den Mot. S. 244, daß unter den „Kosten" nur der „sachlich nothwendige Aufwand" zu verstehen sei, hat in Nr. 2 keinen Ausdruck gefunden. In vielen Fällen wird ein Verwaltungsakt des Verwalters (§ 52 Nr. 1) vorangehen müssen, um eine sachliche Nothwendigkeit von Kosten zu begründen. Vgl. Anm. 1, 2 zu § 52. Durch die Bemerkung von Fuchs S. 70, 71, daß die Verpflichtungen des Verwalters gemäß § 52 Nr. 1, wenn noch unerfüllt, Masseschulden, und wenn vom K.Verwalter vorschußweise erfüllt, ihm als Massekosten zu ersetzen sind, wird eine durchgreifende sachgemäße Unterscheidung auch nicht hergestellt, da § 51 Nr. 2 ebensowohl die noch zu leistenden, als die schon geleisteten Ausgaben umfaßt, wie § 53 zeigt. Die mit Fuchs einstimmende Ausführung von v. Sarwey S. 383, 386 ff., 389 ff.: es sei nach der Person des Forderungsberechtigten zu unterscheiden, Forderungen Dritter seien Masseschulden, die vom Verwalter bezahlten indeß Massekosten — ist nur insoweit richtig, als die Masseschuld das obligatorische Recht eines Dritten voraussetzt. Indeß die vom Verwalter noch nicht bezahlten Forderungen Dritter, welche eine Ausgabe für die Verwalter der Masse nothwendig machen können, sind (zugleich gegen Petersen S. 250 Anm.) begrifflich sowohl Masseschulden, als auch Massekosten. Daß solche Forderungen Dritter nicht zu den Massekosten gerechnet werden sollen, hat in § 51 Nr. 2 keinen Ausdruck gefunden, da eine Beschränkung der Qualität der Berechtigten, deren Ausgaben hinein gehören, nicht bestimmt ist. Andererseits hat die K.O. nicht erklärt, daß die Masseschulden, wenn sie dem Gläubiger von einem Dritten oder vom Verwalter persönlich vorschußweise (nicht aus der Masse) gezahlt werden, und

der Zahlende nach dem bürgerlichen Rechte in die Stelle des Gläubigers tritt, ihre Qualität als Masseschuld verlieren. v. Sarwey S. 390 erkennt selbst an, daß seine Auffassung im Gesetze keine ausdrückliche Bestätigung findet. Es bleibt immerhin nur übrig, davon auszugehen, daß den Forderungen, welche unter beide Kategorien fallen können, nicht die Qualität der Masseschuld zu bestreiten ist. Vgl. Dernburg II. § 117 Anm. 22.

4) Zu Nr. 3. Vgl. §§ 118 Abs. 1, 120 Abs. 1. (Anders nach P. Strieth. 78, 3.) Die nicht „bewilligten", sondern gesetzlich nach § 1 Abs. 2 zu gewährenden Mittel gehören nicht zur K.Masse. Vergütungen für Dienstleistungen des G.Schuldners sind Masseschulden. Die Beerdigung eines G.Schuldners belastet rechtlich die Masse nicht. Mot. 244, 256, 257; Goltd. S. 183. Aus einer nach § 120 bewilligten „Unterstützung", deren Zweck und Umfang nicht begrenzt ist, die Beerdigungskosten bestreiten zu lassen, wird indeß nicht bedenklich sein.

§ 52.

Masseschulden sind:[1]

1. die Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen;[2]
2. die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird[3] oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß;[4]
3. die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.[5]

E. I. 58. P. 42—44.

1) Ueber den Begriff der Masseschulden bemerken die Mot. 244 nur: „den Kosten, welche als der sachlich nothwendige Aufwand aus der Masse zu bestreiten sind, mögen sie eine persönliche Forderung des Gläubigers oder nur dinglicher Natur sein, stehen die Masseschulden insofern gegenüber, als diese stets eine obligatorische Verbindlichkeit voraussetzen und auch ohne sachlich nothwendiger Kostenaufwand zu sein, von Wirksamkeit sind." Die Masseschulden werden ferner S. 249 als „die fremden Bestandtheile" bezeichnet, „die aus der vorgefundenen Masse ausgeschieden werden müßten." Ohne daß man darauf Rücksicht nehmen kann, ob nicht auch Masseschulden ein sachlich nothwendiger Aufwand sein können — was sehr oft der Fall ist — oder ob nicht auch obligatorische Verpflichtungen und „fremde Bestandtheile" (das heißt wohl: die Ansprüche Fremder außerhalb des Konkurspersonals?) zu den Massekosten gehören können, läßt sich der Begriff der Masseschulden nur aus dem Inhalte der im § 52 unter Nr. 1, 2 und 3 aufgestellten Kategorien abstrahiren. Sie haben allerdings das Gemeinsame, daß eine obligatorische Forderung der Gläubiger der Masseschulden gegenüber der Konkursverwaltung (auf Grund der Geschäfts-Führung bez. Fortsetzung des Verwalters oder auf Grund seines rechtlosen Besitzes) zur Begründung vorausgesetzt ist. Hieraus und aus dem Einzeln-Inhalte der 3 Klassen folgt, daß der Verwalter selbst und ebenso die Verwaltungshülfsorgane: der Gläubigerausschuß und das K.Gericht für sich nicht ursprüngliche Gläubiger eines Anspruchs aus § 52 sein können, sondern daß nur für einen Anderen außerhalb dieser Organe ein solcher Anspruch entstehen kann. Indeß darf der Begriff einer Masseschuld nicht über den Inhalt der bestimmten 3 Klassen auf andere obligatorische Ansprüche gegen die Verwaltung ausgedehnt werden, noch ist für den Begriff erheblich, ob die darunter fallende Forderung zugleich unter die Kosten des § 51 fallen kann. Eine Masseschuld ist allemal, aber auch nur dann vorhanden, wenn sie gemäß § 52 entstanden ist. Sie verliert andererseits ihren Charakter nicht, wenn sie auf andere Rechtsnachfolger

übergeht. Ob dazu die Befriedigung durch einen Dritten genügt oder eine Cession nöthig wird, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Vgl. Anm. 1 zu § 51. Bezahlt der Verwalter eine Masseschuld, so ist in der Regel anzunehmen, daß er dies als Verwalter der Masse aus der Masse solvendi caussa thut. Begrifflich und durch die K.O. ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß er persönlich vorschußweise (nicht aus der Masse) zahlt und durch Cession oder nach dem bürgerlichen Rechte durch Zahlung selbst den Masseanspruch erwirbt. Stieglitz S. 357.

2) Zu Nr. 1. Der Verwalter handelt als Vertreter des G.Schuldners. Rechtsverbindliche Ansprüche aus seinen Handlungen sind aus der K.Masse ebenso zu erfüllen, wie sie der G.Schuldner, wenn er selbst gehandelt hätte, aus seinem Vermögen erfüllen müßte. Aus der Masse sind daher auch Gewährleistungsansprüche für Veräußerungen und andere Rechtshandlungen des Verwalters zu befriedigen. Mot. 244. Vgl. auch Anm. II. zu § 3. Eine Einschränkung erleidet der Grundsatz, wo, wie in §§ 21, 31 hinsichtlich der Folgen einer Handlung des Verwalters dem Gläubiger nur eine Konkursforderung zugestanden wird.

Unter die vorausgesetzten „Geschäfte oder Handlungen des K.Verwalters" fallen nicht nur alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte, Verträge, Veranlassung von Dienstleistungen für die Masse u. s. w., sondern auch alle einseitige Verwaltungshandlungen, Prozeßführung, Veranlassung von Zwangsvollstreckungen, Versteigerungen, Besitznahme u. s. w. Ob die Ansprüche unmittelbar oder nur mittelbar aus den Geschäften oder Handlungen des Verwalters folgen, macht für die Anwendbarkeit des § 52 keinen Unterschied. Entsch. 19, 488.

Vorausgesetzt sind indeß ferner Geschäfte oder Handlungen „des K.Verwalters". Er muß also als solcher d. h. innerhalb der Befugnisse eines K.Verwalters gehandelt haben. Für ihn als gesetzlichen Vertreter des G.Schuldners ist das Gesetz seine Vollmacht. Sofern er außerhalb seiner gesetzlichen Vertretungs-Befugnisse, in Beziehungen, worin er nicht zu vertreten hat, handelt, verpflichtet er die Masse nicht; gleich einem seine Vollmacht überschreitenden Bevollmächtigten. Liegt aber die Handlung innerhalb seiner Vertretungsbefugniß, so ist seine Handlung auch dem für die Masse (Mot. 244: „den K.Gläubigern gegenüber") verbindlich, wenn er das Interesse der Masse kulpos oder schlecht vertreten hat; auch die Entschädigungsforderungen für seine rechtswidrigen in Vertretung begangenen Handlungen sind Masseschulden. Entsch. 20, 521, 522. R.O.H. 9, 165, 169. Die Verbindlichkeit der Masseschuld wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Verwalter sich gegen den G.Schuldner oder die K.Gläubiger regreßpflichtig macht, § 74. Vgl. Vorbem. 2 V. vor § 1, Anm. 3 zu § 5. v. Sarwey S. 391. v. Völdernborff I. S. 514, 515.

2) Zu Nr. 2a. Die Ansprüche auf die rückständige Leistung, welche der G.Schuldner aus solchen zweiseitigen Verträgen noch zu leisten hatte, deren Erfüllung der Verwalter nach §§ 15, 18 Abs. 2 verlangt, sind Masseschuld. Verlangt der Verwalter die Erfüllung seitens des anderen Theils gemäß § 15, so muß er auch seinerseits vollständig erfüllen, also auch für die Mängel der vom G.Schuldner schon gegebenen theilweisen Leistung, für Eviktion dieser Theilleistung u. s. w. aus der Masse haften. „Auch die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung des Vertrages" (Preuß. A.L.R. I. 5 § 317) und solche Gewährleistungsansprüche betreffen daher ebenfalls eine rückständige Leistung. Insofern sind die Mot. 245, welche sie nicht zu den Masseschulden rechnen wollen, zu berichtigen. Nur wenn der Fall des § 15 nicht vorliegt, also wenn bereits ein Theil vollständig erfüllt hat bez. wenn der Verwalter die Erfüllung nicht verlangt, sind auch die Ansprüche wegen der schon geleisteten Erfüllung (Eviktion) u. s. w., bez. wegen nicht geleisteter oder nicht gehöriger Erfüllung lediglich K.Forderungen. Vgl. Anm. 5 und 2 zu § 15.

4) Zu Nr. 2b. Die im § 52 Nr. 2 enthaltene zweite Klasse von Masseschulden (neben der in Anm. 3 erwähnten) betrifft die Ansprüche aus solchen Verträgen, deren Erfüllung auch ohne das Verlangen des Verwalters gesetzlich nach der K.Eröffnung (insbesondere gemäß §§ 17, 19, 20) noch eine Zeit lang fortzusetzen ist. Hinsichtlich dieser Verträge sind die Ansprüche Masseschulden, soweit die Erfüllung „für die Zeit nach der K.Eröffnung erfolgen muß" (pro rata temporis); also ohne Rücksicht auf die Fälligkeit. Die Eigenschaft dieser Ansprüche als Masseschulden beruht darauf, daß solche Verträge nicht durch den Konkurs selbst aufgehoben, sondern für die Zeit nach der K.Eröffnung dem Verwalter gegenüber fortgesetzt werden. Anm. 2 zu § 17, Anm. 3 zu § 19. Das für diese Zeit zu gewährende Aequivalent soll deshalb dem Gläubiger aus der Masse gewährt werden. Voraussetzung ist, daß durch die nach dem Konkursrecht der K.Masse gegenüber nothwendige Erfüllung für die spätere Zeit Ansprüche bedingt sind. Auch für die unter Nr. 2 enthaltene zweite Klasse von Ansprüchen sind die Worte: „Erfüllung zur K.Masse" mit den Schlußworten: „für die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß" in Verbindung zu bringen. In diesem Maße sind Pacht- und Miethszinsen, Dienstlöhne für die spätere Zeit Masseschulden; desgleichen Ansprüche aus den durch den Konkurs nicht aufgelösten Gesellschafts-, Gemeinschafts- und anderen Verträgen (vgl. § 20), welche nach Inhalt derselben erst für die Zeit nach der K.Eröffnung zu erfüllen sind bez. vom Verwalter zufolge seines Wahlrechts nach § 15 fortgesetzt werden; so auch Aktien- und Bergwerksnachzahlungen, wenn der Verwalter den Vertrag nach § 15 erfüllen will. R.O.H. 25, 292; R.G. Bd. 2 S. 262, 264; Stieglitz S. 361; v. Sarwey S. 393. Gegenüber den Mot. 245, welche hierin allgemein Ansprüche aus Gemeinschaftsverhältnissen rechnen, ist jedoch darauf aufmerksam zu machen, daß Nr. 2 nur auf zweiseitige Verträge sich bezieht. Insoweit aus anderen Gemeinschaftsverhältnissen Ansprüche an die Masse begründet sind, können sie gemäß § 51 Nr. 2 bez. 52 Nr. 1, 3 Masseansprüche sein, oder bei der Auseinandersetzung nach §§ 14, 44 zur Geltung kommen.

Aus der Beschränkung in Nr. 2 folgt, daß andere Ansprüche aus dieser zweiten Klasse von Verträgen nicht Masseschulden sind, auch wenn sie in der Zeit nach der K.Eröffnung erst fällig werden, sondern K.Forderungen bleiben. Demnach gehören zu den Masseschulden nicht: Ansprüche welche für die Zeit vor der K.Eröffnung zu erfüllen waren, auch nicht eine Entschädigungsforderung für die vorzeitige Auflösung durch Kündigung (§ 17 Nr. 1) oder Verkauf (§ 17 Nr. 2). Anm. 4, 8 zu § 17. Die letztere ist nicht, wie Nr. 2 voraussetzt, eine Forderung für die Erfüllung in späterer Zeit, sondern für die Nichterfüllung und ist durch § 21 von der Eigenschaft einer Masseschuld ausdrücklich ausgeschlossen. Die Rückforderung einer Kaution seitens des Pächters aus dem Konkurse des Verpächters ist ebenfalls kein Anspruch, welcher ein Aequivalent der zur Masse erfolgenden Erfüllung für die spätere Zeit betrifft. Entsch. 71, 329. Vgl. Anm. 5 zu § 21. Dasselbe gilt von den Ansprüchen des Pächters betreffs des Inventars im Konkurse des Verpächters; über das Absonderungsrecht für dieselben vgl. Anm. 6 zu § 41 Nr. 3. — Ebenso sind die Ansprüche, welche der Verpächter für Deteriorationen und Inventariendefekte im Konkurse des Pächters gegen diesen hat, (gegen Entsch. 67, 73) mit dem Eintritt der Defekte bez. Deteriorationen entstanden. Wenngleich sie (in der Regel) bis zur Pacht-Beendigung vertagt und in dieser späteren Zeit erst geltend gemacht werden können, sind sie nicht eine Forderung für diese spätere Zeit, d. h. dafür, daß der Verpächter den Pächter noch weiter nutzen lassen muß, sondern ein Anspruch für die frühere Zeit ihrer Entstehung, nämlich dafür, daß der Pächter früher einen Zustand verursachte, welcher demnächst ein kontrakts- bez. rechtswidriges Resultat herbeiführte. Solche Ansprüche für die vor der K.Eröffnung entstandenen Defekte und Verschlechterungen sind daher nicht Masse-Ansprüche; wohl aber

die für nachher entstandene. Um die Verdunkelung der Thatfrage zu vermeiden, mag der K.Verwalter des Pächters sofort nach der K.Eröffnung den Bestand feststellen lassen, § 114; obgleich in der Unterlassung nicht unbedingt eine stillschweigende Uebernahme der Defekte auf die Masse zu erkennen ist, was vielmehr ebenfalls Thatfrage bleibt. Hullmann S. 199; Stieglitz S. 360; v. Sarwey S. 394, 395. (Die Bemerkung von Petersen S. 253: Der Verfasser habe in der ersten Aufl. S. 171 die Entsch. 67, 73 gebilligt, ist irrthümlich; diese Ansprüche des Verpächters im Konkurse des Pächters sind dort gar nicht erwähnt, und an anderer Stelle in Anm. 5 zu § 21 auch in der ersten Aufl. im Gegentheil für K.Forderungen erklärt, welche nicht für die spätere Zeit entstanden sind). Hinsichtlich der Kompensation vgl. Anm. 1 zu § 48.

5) Zu Nr. 3. Erfordernisse des Masseanspruchs unter Nr. 3 sind

a. Bereicherung der Masse d. h. Vermehrung der nach § 2 mit der K.Eröffnung begründeten zur damaligen Zeit bestehenden Masse über den Umfang dieser Masse hinaus durch fremdes Gut. Dadurch, daß schon der G.Schuldner bez. die Vertreter seines Nachlasses vor der K.Eröffnung eine fremde Sache verkauft und deren Erlös erhalten hatten, ist die K.Masse nicht bereichert; Strieth. 82, 228; Entsch. 66, 299; ebenso dadurch nicht, daß der G.Schuldner für eine angefochtene und zur Masse zurückgewährte Leistung die Gegenleistung erhalten hatte. Ueber die Anwendung in besonderen Fällen vgl. zu §§ 6 Abs. 2, 7 Abs. 1, 31.

b. Zugleich ist eine Bereicherung ohne Rechtsgrund nöthig. Der Anspruch auf eine Leistung, welche (z. B. nach § 21) „aus der K.Masse" nicht verlangt werden kann, ist daher ausgeschlossen. Mot. 246.

c. Der Gläubiger muß ferner nachweisen, daß er einen Anspruch aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse hat. Ob dies der Fall ist, entscheidet sich nach dem bürgerlichen Rechte. Der Anspruch aus der rechtlosen Bereicherung gehört keinem speziellen Rechtsverhältnisse an, sondern ist nur der allgemeine Rahmen dafür, daß die Masse etwas enthält, was nicht ihr, sondern einem Andern gebührt. Vgl. Dr. Jacobi nützl. Verwendung, Jena b. Manke 1861. Im weiteren Sinne gehören dahin auch die Ansprüche der Aussonderungsberechtigten, §§ 35 ff. Sofern es sich nicht um bestimmte Aussonderungsobjekte oder deren pretium (§ 38) handelt, muß der Gläubiger das bestimmte Rechtsverhältniß nachweisen, aus welchem er nach Landesrecht eine Erstattung für das, was ihm zu Gunsten der Masse entzogen oder vorenthalten wird, beanspruchen kann. Die Bereicherung umfaßt theils die Rechtsverhältnisse, in welchen die Bereicherung des Einen auf Kosten des Anderen in Gemäßheit des Verhältnisses selbst und der Absicht der Interessenten ausgeschlossen sein soll, insbesondere über den Vertragswillen hinausgeht, und somit zufolge des Rechtsverhältnisses selbst aufzuheben ist, theils die gesetzliche Umfangsbeschränkung eines an sich sonst weiter gehenden Anspruchs. Die Ansprüche der ersten Kategorie ergeben sich als direkte Folgen der Rechtsverhältnisse. Zu der zweiten Kategorie gehören insbesondere Ansprüche des (vindikationsverpflichteten) Besitzers einer Sache für nöthige bez. nützliche Ausgaben; die entsprechenden Ansprüche des Nießbrauchers; Ansprüche auf die zur Masse gekommenen Gegenleistungen aus Rechtsgeschäften, welche durch die Unfähigkeit des an sich sonst verpflichteten G.Schuldners oder durch Anfechtung hinfällig werden (§ 6 Abs. 2 und § 31 Abs. 1); Ansprüche für nöthige oder nützliche Ausgaben für die Masse aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag; Ansprüche betreffs eines durch Vereitelung des Vertragszwecks unausgeführten Vertrages; soweit solche Ansprüche nicht durch positive Bestimmungen ausgeschlossen sind (§ 21 vgl. oben zu b); Ansprüche aus Kondiktionen (Widerrufungsklagen) wegen fehlender oder nichtiger causa (sine causa, cond. indebiti); wegen Wegfall der causa (causa finita, causa non secuta) und wegen Beseitigung der causa durch Verbotsgesetze. Die sog. Bereicherungsklage der Wechs.-O. Art. 83, welche ebenfalls nur ein hinsichtlich des Um-

fangs beschränkter Anspruch aus dem Wechsel ist (R.O.H. 5, 358; 6, 381; 10, 44) würde begrifflich auch hierher gehören, jedoch zur Qualifizirung als Masseanspruch eine Bereicherung der Masse (vgl. oben zu a), und nicht blos des G.Schuldners voraussetzen, was auch für alle anderen Fälle zu beachten ist. Auch der Anspruch des G.Schuldners auf die ihm im § 1 Abs. 2 zugestandene Kompetenz gehört hierher. Anm. 3 zu § 1. Vgl. auch Anm. 3 zu § 135.

§ 53.

Sobald sich herausstellt, daß die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger[1] nicht ausreicht,[2] tritt eine verhältnißmäßige Befriedigung derselben in der Weise ein, daß zunächst die Masseschulden, dann die Massekosten, von diesen zuerst die baaren Auslagen und zuletzt die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung zu berichtigen sind.[3]

E. I. 59. P. 45.

1) In der Zeit bis zur Feststellung einer solchen Insuffizienz kann jeder Massegläubiger unabhängig vom anderen sein Recht gegen den Verwalter und gegen die Masse durch Klage und Zwangsvollstreckung geltend machen. Jeder erhält durch seine Befriedigung nur das, was ihm gebührt und abgesehen von einer etwaigen condictio indebiti braucht deshalb, weil sich hernach zeigt, daß die Masse nicht ausreicht, um alle Massegläubiger zu befriedigen, nichts zurückgegeben zu werden. Durch die §§ 10—12 sind nur die K.-Gläubiger beschränkt. Mot. 248, 249.

2) Wann sich die Insuffizienz der Masse für die Massegläubiger „herausstellt" d. h. thatsächlich erkennbar macht (durch Erklärung des Verwalters, Pfändung, Anzeige bez. Nachweis Betheiligter), ist Thatfrage und unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung, § 65, C.P.O. § 259. Die Feststellung dieser Voraussetzung und die Einleitung der verhältnißmäßigen Befriedigung erfolgt durch Entscheidung des K.Gerichts, wogegen die sofortige Beschwerde zulässig ist. § 66. Vgl. Anm. zu § 190.

3) Das Vorrecht der Masseschulden ist in den Mot. 249 dadurch begründet, daß sie „die fremden Bestandtheile seien, welche aus der vorgefundenen Masse ausgeschieden werden müßten, um die Nettomasse herzustellen, welche allein den Gegenstand des Verfahrens bilde"; die Massekosten, „der erforderliche Aufwand, um das auf diesen Gegenstand bezügliche Verfahren durchzuführen", ruhten daher „gewissermaßen nur auf der Nettomasse und die fremden Ansprüche dürfen nicht dadurch verkürzt werden, daß ein Verfahren zum ausschließlichen Besten der K.Gläubiger Kosten verursacht." Ueber die dieser Absicht entsprechende Stellung solcher Masseschulden, welche zugleich als Massekosten angesehen werden können, vgl. Anm. 3 zu § 51 und Anm. 1 zu § 52. In jeder der Rangklassen:

a. Masseschulden;
b. Massekosten nach § 51 Nr. 1, 2, soweit sie in baaren Auslagen des Gläubigers bestehen;
c. Massekosten nach § 51 Nr. 1, 2, welche nicht aus baaren Auslagen bestehen;
d. Unterstützung des G.Schuldners und seiner Familie, § 51 Nr, 3

tritt unter mehreren Berechtigten „verhältnißmäßige Befriedigung" pro rata der Ansprüche ein.

Für das Verfahren der Vertheilung selbst — die Feststellung der Insuffizienz (Anm. 2) vorausgesetzt, falls sie streitig ist — sind keine besonderen Vorschriften gegeben. Aus dem Verhältnisse des Verwalters als Besitzers der Masse, welcher zugleich in voll-

ständiger Kenntniß aller thatsächlichen Grundlagen sein muß (in der Regel nur er allein), folgt, daß er sachgemäß den Plan zu entwerfen hat. Eine analoge Anwendung der für die Vertheilung unter K.Gläubigern gegebenen Vorschriften (wie Hullmann S. 201; Wengler S. 360; Stieglitz S. 363 wollen) ist weder vollständig durchführbar, noch mit Rücksicht auf die verschiedene Stellung der K.Gläubiger im Verfahren zweckentsprechend, noch nöthig; insbesondere sind die Formen gerichtlicher Schlußvertheilung und gerichtliche Genehmigung § 149 unnöthig. Petersen S. 258; v. Völderndorff I. S. 530. Andrerseits werden die Massegläubiger, welche abweichend von den K.Gläubigern in Ermangelung gütlicher Erledigung ihre Ansprüche im Rechtswege durchzuführen berechtigt und verpflichtet sind, sich nicht statt des Rechtsweges mit einer Entscheidung des K.Gerichts über ihre materiellen Rechte und einer Beschwerde gegen diese Entscheidung (gegen v. Völderndorff I. S. 350) zu begnügen haben; dies dürfte keine „Entscheidung im K.-Verfahren" im Sinne des § 66 sein. Bei ihrem gemeinsamen Interesse, die Funktion des Verwalters bald zu beendigen, den Bestand zu sichern, und schnelle Vertheilung herbeizuschaffen, werden die Streitenden leicht den Weg hierzu unter Hinterlegung des Bestandes finden, ohne sich den Rechtsweg verkümmern lassen zu müssen.

Nach dem Herausstellen der Insuffizienz („sobald") kann kein Massegläubiger ein dem § 53 widersprechendes Vorrecht durch Zahlung, Zwangsvollstreckung oder Arrest wirksam erlangen. Andernfalls kann der Verwalter, dessen Funktion für die Verwaltung der Masse auch den Massegläubigern gegenüber bis nach der Vertheilung bez. der Ausantwortung an alle Massegläubiger fortdauert, die dem § 53 widersprechende Leistung mit der condictio sine causa zurückfordern; hat der Verwalter selbst sie verwaltet, so wird er der Masse bez. den einzelnen Benachtheiligten regreßpflichtig. Mot. 249, 250; v. Sarwey S. 398, 399; v. Völderndorff I. S. 529; Stieglitz S. 363, 364.

Achter Titel.

Konkursgläubiger.

1) Die Häufung von Vorrechten, welche zugleich der wesentliche Grund zur Verwickelung und Schwerfälligkeit des K.Verfahrens war, wurde durch die dingliche Kraft der römischen Hypothek veranlaßt, und dann durch das Streben nach Billigkeits-Berücksichtigung aus vermeintlicher Gerechtigkeit und durch die Absicht, den Personalkredit, Handel und Verkehr durch die Privilegien fördern zu wollen, genährt. Die Vorrechtsordnung, welche sich in Folge dessen in vielen deutschen Staaten bis zu Ende des vorigen Jahrhunderts ausgebildet hatte, verlor dadurch alle Uebersichtlichkeit. Seitdem reagirte hiergegen die Nothwendigkeit der Vereinfachung. Sie führte zur allmähligen Beseitigung der Vorrechte; jedoch in den einzelnen Staaten in verschiedener Weise. Zur Zeit der Einführung der K.O., 1. Oktober 1879, hatte eine Gruppe von Staaten noch die gemeinrechtliche Fünfklassenordnung, theilweise modifizirt, beibehalten. Eine zweite Gruppe ließ die stillschweigenden und Generalhypotheken wegfallen, — Sachsen, Bayern, Würtemberg u. s. w. Die dritte Gruppe beseitigte sachgemäß alle auf Vertrag beruhenden generellen Vorzugsrechte, welche dem Schuldner jede Willkür gestatten und seine Gläubiger Preis geben, und die Generalhypotheken, welche ohne erkennbare unmittelbare Beziehung zur Sache wirken, und verwies die speziellen Pfand-, Hypotheken- und Vorzugsrechte auf die Geltendmachung abgesonderter Befriedigung. Die dritte Gruppe kannte deshalb auch nur noch gesetzliche Generalprivilegien für die K.Masse, — Preußen, Frankfurt a. M., Anhalt, Nassau (auch Oestreich). Dies letztere System fortbildend, beschränkt

die K.O. noch weiter die Vorrechte, ohne jedoch bis zur Grenze von England und Nordamerika zu gehen, welche nur einjährige Steuerrückstände und Lohnforderungen privilegiren, wenngleich Letzteres der Staatengesetzgebung die Verleihung weiterer Vorrechte offen läßt. Vgl. Mot. 250, 251 und die Quellendarstellungen in Anlage I. II. III. zu den Mot. Die Mot. bemerken mit Recht: Die Vorrechte schädigen außer den Nachtheilen für das Verfahren den Kredit durch den Mangel an Uebersichtlichkeit der Verhältnisse und an Schutz vor unbekannten Verhältnissen; und zugleich die Gerechtigkeit, welche die gleiche Anerkennung und Rücksicht für alle gesetzlichen Forderungen heischt. „Jede Bevorzugung des einen Gläubigers enthält eine Rechtskränkung des anderen; die volle Befriedigung des Einen geschieht auf Kosten des Anderen. Die Beseitigung aller Vorrechte muß das Ziel sein, welches die Gesetzgebung nicht aus den Augen verlieren darf." Mot. 253. Vgl. auch Koch zu P. § 72.

In E. I. §§ 61, 62 waren nur zwei Vorrechte aufgestellt: für die Lohnrückstände und für Kinder und Pflegebefohlene, jetzt § 54 Nr. 1, 5. Durch Beschluß des Bundesraths sind noch eine Anzahl anderweiter Vorrechte aufgenommen. Mot. 4. Der E. § 54 enthielt 7 Vorrechte, von welchen sodann zwei (wegen Defekte) von der R.K. wieder beseitigt wurden. Das praktisch wichtigste Vorrecht der Ehefrauen hat weder im E. I. noch im E. Aufnahme gefunden. Schon im Entw. zur P. von 1855 war die vollständige Beseitigung des Vorrechts der Ehefrauen vorgeschlagen; die erste Kammer nahm bei lebhafter politischer gegen den Entw. überhaupt gerichteter Opposition das Vorrecht der Ehefrauen von Nichtkaufleuten für ihr eingebrachtes Vermögen an; und die zweite Kammer stimmte nur deshalb bei, weil in den nächsten Tagen der Schluß der Kammer bevorstand und andernfalls das Zustandekommen des ganzen Gesetzes gefährdet war. Wenzel und Klose S. 193 ff. Die Mot. heben mit Recht hervor, daß gerade das Vorrecht der Ehefrauen außer der Ungerechtigkeit am meisten den Kredit schädigt, Mißbrauch und Betrug fördert, zur Erbitterung gegen den G.Schuldner reizt, und daß die Beseitigung jedes Vorrechts der Ehefrauen eine nothwendige Ergänzung der Vorschriften über Anfechtung ist. Mot. 258--262. Koch zu P. §§ 88 ff. Vgl. E.G. §§ 12, 13. In dem Berichte der Reichstagskommission, welcher dem Reichstage das abgeschlossene Werk unterbreitete, wurde in Uebereinstimmung mit den Mot. bemerkt: es „herrsche ein Einverständniß in der Kommission darüber, daß mit dem System der Vorrechte prinzipiell gebrochen werden müsse." Stenogr. Ber. v. 1876 I. S. 569. Vgl. Wengler S. 32. Ein Widerspruch erfolgte im Reichstage nicht. Dadurch ist die ohnehin für Ausnahmevorschriften angezeigte strikteste Auslegung der Privilegien als gesetzgeberisch gewollt geboten; um so mehr als sie den gleichen K.Anspruch aller K.Gläubiger betrifft, welcher für die gesammte Regelung des materiellen Konkursrechts grundlegend geworden ist.

2) Der Feststellung der Vorrechte und der Ausschließung einzelner Klassen von K.-Forderungen (§§ 54—56) ist im achten Titel die Aufstellung der Grundsätze für die Behandlung der K.Forderungen der zugleich absonderungsberechtigten Gläubiger, der betagten, bedingten und der nicht auf eine bestimmte Geldforderung gerichteten K.Forderungen (§§ 57—63) angereiht.

---

§ 54.

Die Konkursforderungen werden nach folgender Rangordnung,[1] bei gleichem Range nach Verhältniß ihrer Beträge, berichtigt:

1. die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen[2] der Personen, welche

sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste verdungen hatten;[3]

2. die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden, sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben,[4] welche im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder nach § 58 als fällig gelten;[5] es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Steuererheber die Abgabe bereits vorschußweise zur Kasse entrichtet hat;[6]
3. die Forderungen der Kirchen und Schulen,[7] der öffentlichen Verbände[8] und der öffentlichen, zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuerversicherungsanstalten[9] wegen der nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens;[10]
4. die Forderungen der Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens,[10] insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmäßigen Gebührnisse nicht übersteigt;[11]
5. die Forderungen der Kinder und der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens;[12] das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist;[13]
6. alle übrigen Konkursforderungen.

E. I. 60—63. P. 72—84.

1) Auf die Rangordnung der K.Gläubiger in einem deutschen Konkurse hat das ausländische Konkursrecht keinen Einfluß; die Vorrechte sind grundsätzlich nach dem Rechte des Orts des K.Gerichts zu beurtheilen. Entsch. 1, 322. — Die Rangordnung der §§ 54 ff. sind in den Landesgesetzen zur Ausführung der K.O. mehrfach auch außerhalb des K.Konkurses anwendbar erklärt. Das Preuß. Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 schreibt vor: „§ 8. Die Vorschrift des § 54 der Deutschen K.O. finden auf die Fälle, in welchen außerhalb des K.Verfahrens eine Befriedigung persönlicher Gläubiger nach dem Range ihrer Forderungen stattzufinden hat, entsprechende Anwendung."

„Für Forderungen, welchen durch § 54 der D. K.O. ein Vorrecht nicht gewährt ist, besteht auch außerhalb des K.Verfahrens kein Vorrecht an dem gesammten Vermögen oder an dem gesammten beweglichen Vermögen des G.Schuldners." (Diese Vorschriften sind nebst dem folg. § 9 wichtig für das Verhältniß des Benifizialerben zu den Nachlaßgläubigern, A.L.R. I. 9 §§ 452—454; Rhein. Civ.G. Art. 808, 809; Rhein. C.P.O. Art. 990; — dagegen ohne Einfluß auf das Vertheilungsverfahren nach C.P.O. §§ 758—768, für welches die Priorität der Pfändungspfandrechte des § 709 und eventuell nur andere Absonderungsrechte konkurriren können.)

„§ 9. Geldstrafen und Forderungen aus einer Freigebigkeit des Schuldners unter Lebenden oder von Todeswegen stehen in den im § 8 Abs. 1 bezeichneten Fällen allen übrigen Forderungen nach."

Im Konkurse sind landesgesetzliche Bestimmungen anderer Vorrechte, als der im § 54 vorgeschriebenen nur gemäß E.G. §§ 12, 13, 17 zugelassen, vgl. Anm. dazu. Abgesehen davon ist die Rangordnung des § 54 eine absolute, so daß alle Forderungen der Nr. 1 einschließlich der nach § 55 hinzukommenden Accessionen vollständig vor denjenigen zu Nr. 2 zu befriedigen sind u. s. w. und innerhalb jeder Rangklasse die einzelnen Berechtigten nach Verhältniß ihrer Forderungsbeträge. — Eine Beschränkung, daß das Vorrecht derartig persönlich sei, daß nur der Geschützte selbst liquidiren könne (vgl. Koch zu P. § 76), ist nicht bestimmt. Eine solche Beschränkung folgt auch nicht aus der Natur der Beziehungen der bevorrechtigten Gläubiger, welche vielmehr nach den Mot. 254 ff. wesentlich sachlich sind, insbesondere auch für die Kinder und Pflegebefohlenen in der zu Nr. 5 bedingten Beschränkung und Motivirung, vgl. Anm. 12. Es ist daher nicht, wie Hullmann S. 203 verlangt, erforderlich, daß zur Zeit der Anmeldung noch die Forderung dem ursprünglich berechtigten, in Nr. 1 bis 5 bezeichneten Gläubiger zustehen muß; sondern die Vorrechte gehen mit den Forderungen auf Universal- und Singular-Successoren über, da die K.O. eben keine Beschränkung vorgeschrieben hat. Das Vorrecht würde ohnehin an Werth verlieren, wenn die Forderung nicht mit dem Vorrechte auch ohne Anmeldung durch Cession verwerthet werden könnte. Nur hinsichtlich der Frage, ob auch ohne Cession durch Zahlung der dritte Zahlende in die Rechte bez. Vorrechte des bezahlten Gläubigers eintritt, kommt das bürgerliche Recht zur Anwendung. Vgl. für die Fälle, in welchen der freiwillig Zahlende erst durch die Zahlung in ein entsprechendes Rechtsverhältniß tritt, A.L.R. I. 16 §§ 46, 47, und wegen des zahlenden Bürgen I. 14 § 338. S. Anm. 8 zu § 12. Auch nur in dieser Beziehung kann aus der Erwähnung des Steuererhebers in Nr. 2 argumentirt werden. Vgl. Mandry S. 249; v. Völdernborff I. S. 535; Stieglitz S. 366. Demgemäß hat das Reichsgericht am 24. Nov. 1880 dem zahlenden Bürgen des Schuldners das fiskalische Steuerrecht des § 54 Nr. 2 auch ohne Cession des Fiskus gemäß A.L.R. I. 14 § 338 zugesprochen. Wallmann deutsche Jur.-Zeitung 1881 S. 370, 402.

2) Zu Nr. 1. Dienstbezüge. Nach § 52 Nr. 2 sind die Ansprüche für die Zeit nach der K.Eröffnung ohne Rücksicht auf die Fälligkeitszeit Masseschulden. Anm. 4 zu § 52. Entsprechend sind hier die Rückstände ebenfalls von der K.Eröffnung und nicht etwa vom letzten Fälligkeitstermine vor der K.Eröffnung ab zurückzurechnen. Dies ist auch beabsichtigt (Mot. 267) und durch die Fassung: „für das letzte Jahr rückständige" ausgedrückt und würde andernfalls gerade für die wichtigste und regelmäßig praktische Zeit vom letzten Falligkeitstermine bis zur K.Eröffnung das Vorrecht versagt sein. Das Jahr ist nur dann, wenn der G.Schuldner schon vor der K.Eröffnung gestorben ist und über den Nachlaß Konkurs eröffnet ist, vom Todestage desselben zurückzurechnen, übereinstimmend mit der genaueren Vorschrift der P. §§ 77, 73. Nach den Mot. 267, 268 tritt dann der Todestag „an die Stelle der K.Eröffnung, damit das Vorrecht nicht durch eine längere Regulirung des Nachlasses verloren geht." Für eine Rücksicht auf den Tod des G.Schuldners nach der K.Eröffnung würde es auch an einer ratio legis fehlen. Mit Rücksicht auf die Berechnung der Masseschuld in § 52 Nr. 2 wäre bei wörtlicher Auslegung von Nr. 1 freilich dann im Nachlaß-Konkurse der Anspruch für die Zeit vom Ableben des G.Schuldners bis zur K.Eröffnung (welcher nach P. § 42 Nr. 3 Masseschuld ist) weder Masseschuld, noch bevorrechtigt. Offenbar ist jedoch das Vorrecht für die Zeit von einem Jahre vor der K.Eröffnung ab, oder wenn der G.Schuldner vorher starb, von einem Jahre vor dessen Tode ab bis zur K.Eröffnung gerechnet gemeint. Hullmann S. 205; v. Völdernborff I. S. 540; Stieglitz S. 369.

Zu den Dienstbezügen, welche einen Dienstvertrag voraussetzen (vgl. Anm. 3) gehört Alles, was als Vergütung für den Dienst vertragsmäßig einschließlich der als stillschweigend bedungen geltenden Präftationen zu gewähren ist: Lohn, Honorar, Gehalt,

Kostgeld, Diäten, Livree, Stamm- und Schießgeld, Tantième, Deputat, Naturalbezüge und dergleichen; nicht aber Schadensansprüche, insbesondere auch nicht Ansprüche für vorzeitige Aufhebung des Dienstvertrags. Vgl. §§ 19, 21.

3) Voraussetzung für dies einzige Vorrecht, welches alle Gesetzgebungen anerkannt haben, ist (in Uebereinstimmung mit § 19) ein Dienstvertrag, durch welchen der Liquidant seine Erwerbsthätigkeit ausschließlich oder doch in erheblichem Grade dem G.Schuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste auf einen längeren bestimmten Zeitraum oder auf unbestimmte Zeit bez. auf Kündigung — nicht im begrenzten Sinne des § 4 Nr. 4 Reichsges. vom 21. Juni 1869 (B.G.Bl. S. 242) — verdungen hatte. — Ueber die Natur dieses Dienstverhältnisses und den Einfluß persönlicher Beziehung zum G.Schuldner gilt auch hier Alles, was in Anm. 2 zu § 19 bemerkt ist. Der Dienstvertrag muß für den G.Schuldner verbindlich abgeschlossen sein; unter dieser Voraussetzung ist es nicht nöthig, daß ihn der G.Schuldner selbst abgeschlossen hat. Vgl. für weibliche Dienstboten preuß. Gesinde-Ordn. §§ 2—4. Ohne Unterscheidung zwischen operae liberales und illiberales und ohne die Nothwendigkeit einer persönlichen Unterwürfigkeit, auch ohne Rücksicht, ob ein Dienstverhältniß noch zur Zeit der K.Eröffnung bez. des Todes vorhanden war, ob die Vergütung Wohnung und Kost im Hause des Dienstherrn einbegreift und ob sie nach Zeitperioden, als Pauschsumme, nach Stückarbeit, nach Gewinnantheilen oder wie sonst bestimmt ist, können auch „Gesellen, Meister, Fabrikarbeiter, Handlungsgehülfen, Wirthschaftsbeamte, Gärtner, Förster, Schreiber, Sekretäre und dergl." (Mot. 266), auch Beamte einer Aktiengesellschaft für ihr Erwerbsgeschäft oder ihren Wirthschaftsbetrieb, oder auch „Hausdiener, Handlungsdiener, Packer, Markthelfer, Gewerbegehülfen, Werkmeister, Techniker und andre Privatbeamte" einbegriffen sein (Mot. 83). Vgl. wegen der Fabrikarbeiter nach P. § 77 Rassow u. Küntzel Beitr. 24, 526. Auch Handlungsgehülfen, welche nach Code civ. art. 2101 Nr. 4 nicht zu den gens de service zu rechnen sind, R.G. 1, 218 sind im § 54 Nr. 1 einbegriffen. Ausgeschlossen sind Verträge über einmalige Leistungen, (verdungene Werke) und über einzelne, wenngleich öfter oder periodisch wiederholte Leistungen von „Taglöhnern, Lohndienern, Näherinnen u. s. w.

4) Zu Nr. 2. Oeffentliche Abgaben. Was zu den öffentlichen Abgaben zu rechnen, ist nach ihrem begrifflichen Charakter bez. nach Reichs- bez. Landesrecht zu entscheiden. Begrifflich gehören dazu Leistungen an staatlich angeordnete oder anerkannte Behörden. Für öffentliche allgemeine Interessen, ohne Rücksicht, ob die Leistungen als direkte oder indirekte Steuern gefordert werden, regelmäßig periodische oder nur nach Bedürfniß wiederkehrende, kreditirte oder nicht kreditirte Abgaben sind. Von den Reichsabgaben gehören dahin namentlich Wechsel- und Spielkarten-Stempel („Stempelabgaben", Ges. v. 10. Juni 1869 und 3. Juli 1878) und Zollabgaben (Ges. v. 5. Juli 1879.) Vgl. über den Reichsfiskus: Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 23 S. 481 ff. und über den Begriff der Reichskasse Anm. 2 zu § 41. Ebenso gehören dahin die Stempel der preuß. Stempelgesetzgebung als indirekte Steuern, Strieth. 92, 85.

Dagegen gehören zu den öffentlichen Abgaben nicht die von Einzelnen für deren besonderes Rechtsverhältniß oder Interesse zu gebenden Leistungen, insbesondere nicht Forderungen aus Lieferungs-Verträgen, Dienstmiethe und dergl.; auch nicht das Reichspost-Porto (Aequivalent für die Dienste der Post; die Exekutionsbefugniß nach Ges. v. 28. Okt. 1871 § 25 entscheidet nicht, R.O.H. 12, 311); ebenso nicht die Vergütung für die kaufmännisch geleisteten Eisenbahn-Transporte, wenngleich für Staatsbahnen, R.O.H. 15, 291; auch nicht Defekte. Im E. § 54 war für dieselben Berechtigten noch ein Vorrecht wegen Defekte des G.Schuldners aus einer Kassen- oder Vermögensverwaltung hinter Nr. 4 eingeschaltet. Dasselbe ist von der R.K. gestrichen. Prot. 52.

Auch die Gerichtskosten und die Gebühren anderer Behörden z. B. Auseinander-

setzungsbehörden, Polizeibehörden für die Inanspruchnahme ihrer Dienste gehören nicht zu den öffentlichen Abgaben. Die Gerichtskosten sind dazu nach dem Sprachgebrauche nicht gerechnet, sondern stets (so auch im P. §§ 73, 78) davon unterschieden, und wenngleich die Justiz als Hoheitsrecht geübt wird, sind doch die Gerichtskosten als Entschädigung für die Inanspruchnahme der Staatshülfe im besonderen Interesse der Rechtsuchenden angesehen. Die Mot. sprechen sich scharf darüber aus, daß das Privilegium für die „Gerichtskosten und die Gebühren anderer Behörden" das drückendste des Fiskus, nicht eingeführt werden soll, Mot. 255, 256. Von keiner Seite ist bei der Berathung der K.O. hiergegen ein Widerspruch erfolgt. Darnach sind weder die nach dem Deutschen Gerichtskostengesetze zu fordernden Kosten, noch (gegen Stieglitz S. 370, 371) die für andere Gerichtsfunktionen außerhalb des Ger.-Kost.-Ges. zu fordernden Gebühren zu den öffentlichen Abgaben im Sinne des § 54 zu rechnen. Für die letzteren wird von Stieglitz insbesondere für Württemberg, wo die Gerichtskosten („im Grunde indirekte öffentliche Abgaben") zu den öffentlichen Abgaben gerechnet würden, die Landesgesetzgebung als maßgebend angesehen. Indeß die Landesgesetzgebung kann zwar öffentliche Abgaben einführen und über deren Erhebung bestimmen, jedoch nicht darüber, ob eine Kategorie von Leistungen an den Staat zu denjenigen gehört, welche in der Rangordnung im Konkurse unter Nr. 2 einbegriffen sind. Hierüber ist nur nach dem Inhalt und der Bedeutung der K.O. zu entscheiden.

Das Absonderungsrecht aus § 41 Abs. 1 und das etwaige Recht an der Immobiliarmasse, Anm. 2 zu § 39, sind durch das Vorrecht des § 54 nicht berührt und bleiben neben demselben vorbehalten. — Das Vorrecht steht nach § 4 auch ausländischen Staatskassen und Gemeinden zu.

5) Für dies im öffentlichen Interesse beibehaltene Vorrecht sind die später fällig werdenden Beträge (betagte Forderungen, § 58) ausdrücklich mit erwähnt, weil manche indirekte Steuern, so Maisch-, Rübenzucker-, Tabackssteuern mit Rücksicht auf ihre Erhebung und Feststellung erst nach der Zeit, für welche sie schuldig geworden sind, fällig werden. Mot. 254, 255. Immer ist es Voraussetzung für Nr. 2, daß eine K.Forderung des G.Schuldners im Sinne des § 2, also eine gegen diesen schon zur Zeit der K.Eröffnung begründete, wenngleich damals in quanto noch nicht feststehende, oder aus anderen Gründen erst später zahlbare Forderung vorliegt. Für alle betagten unverzinslichen Forderungen sind (gegen v. Völderndorff I. S. 543) nach § 58 Abs. 2 die Zwischenzinsen abzurechnen. Die allgemeine Vorschrift des § 58 Abs. 2 ist deshalb hier nicht unanwendbar, weil sie nicht nochmals ausdrücklich erwähnt wäre; ohnehin ist dadurch, daß nicht blos § 58 Abs. 1, sondern § 58 angezogen ist, bestätigt, daß die Forderungen gemeint sind, wie sie mit der Beschränkung durch § 58 Abs. 2 als fällig gelten.

6) Dem Steuer-Erheber, welcher den Betrag vorschußweise, d. h. ohne die Absicht, auf die Erstattung des G.Schuldners zu verzichten, gezahlt hat, ist das gleiche Vorrecht zur Vermeidung eines Einwandes aus § 12 bez. aus dem Mangel einer Cession verliehen. P. § 73. Die Frage, ob und wann Andere, welche für den G.Schuldner gezahlt haben, das Vorrecht geltend machen können, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Vgl. vorst. Anm. 1.

7) Zu Nr. 3. Kirchen, Schulen und öffentliche Verbände. Ob zum Begriffe einer Kirche eine Religionsgesellschaft genügt, wenn sie staatlich als solche oder als Korporation anerkannt ist (was nach A.L.R. II. §§ 12, 17, 20 ff. auch von den geduldeten gilt) oder ob sprachgebräuchlich nur die anerkannten christlichen dazu gehören, hat bei der Gleichstellung der öffentlichen Verbände keine Bedeutung, s. Anm. 8. Unter der Kirche, welche als Rechtssubjekt in Nr. 2 vorausgesetzt ist, gehört nicht nur die Gesammtheit der Religionsgenossen, bez. die gesammte Landeskirche, sondern auch die einzelnen (Parochial-) Kirchengemeinden, vgl. A.L.R. II. 11 §§ 17, 160 ff., 618 ff. Ob der eine

oder andere Verband in der That für eine Abgabe oder Leistung Rechtssubjekt ist, oder ob nur etwa Einzelne innerhalb der Religionsgesellschaft berechtigt sind, ist nach dem Staatskirchenrecht des Landes und der Verfassung der Gesellschaft („Gesetz oder Verfassung") zu entscheiden. Für das Vorrecht ist immerhin vorausgesetzt, daß der Verband (Kirche) Berechtigter sein muß. Stolgebühren, welche unmittelbare Einkünfte eines innerhalb der Kirche Berechtigten sind, vgl. A.L.R. II. §§ 772, 773, haben das Vorrecht nicht. So auch Mot. 256: Die Bestimmung betreffe nur „Abgaben und Leistungen, welche nach Gesetz oder Verfassung an Kirchen oder Schulen entrichtet werden müssen, und ist nicht auf andere Forderungen von Pfarreien, Geistlichen, Schulbedienten auszudehnen." Vgl. v. Sarwey S. 413; Stieglitz S. 375; A.M. Hullmann S. 207; v. Völdernborff I. S. 546; Wengler S. 384.

Unter den Schulen sind nur öffentliche zu verstehen, für welche allein durch „Gesetz oder Verfassung" im Sinne der Nr. 3 Abgaben und Leistungen bestimmt werden, nicht Privatschulen. Mot. 256. Ob der Schulverband zugleich die politische Gemeinde oder eine besondere Schulgemeinde ist, macht keinen Unterschied, Mot. 256. Aber auch hier, wie hinsichtlich der Kirchen ist eine Forderung des Verbandes vorausgesetzt, nicht Einzelner; die Vorschrift umfaßt also nicht die Kollegiengelder der Professoren.

8) Als öffentliche Verbände sind alle, auf staatlicher Anerkennung beruhenden öffentlichen Interessen dienenden Vereinigungen zu rechnen. Dazu gehören insbesondere Amts-, Kreis-, Provinzial-, Kirchen-, Schulverbände, Verbände politischer Gemeinden u. dergl. (vgl. P. § 74), ebenso Wege-, Deich-, Meliorationsverbände (Prot. 52), desgleichen Orts- und Landarmenverbände (Reichs-Ges. v. 6. Juni 1870, preuß. Ges. v. 8. März 1871); Rechtsanwaltskammern (Ges. v. 1. Juli 1878 §§ 41, 49, 102); eingeschriebene Hülfskassen, wenn sie nicht blos zugelassen (Ges. v. 7. April 1876), sondern durch Ortsstatut obligatorisch nach Art. 141 Ges. v. 8. April 1876 eingerichtet sind; die preuß. provinziellen .Landschaftsverbände; Handelskammern. Auch die Synagogengemeinden sind nach dem preuß. Ges. v. 23. Juli 1847 §§ 35, 36 (G.S. S. 203) zu den „öffentlichen Verbänden" zu rechnen, wenngleich sie zu den „Kirchen" sprachgebräuchlich nach Entsch. 65, 448 nicht gerechnet werden sollen; vgl. dagegen Hullmann S. 206, 207. Theilweise sind öffentliche Verbände schon unter Nr. 2 hinsichtlich öffentlicher Abgaben berücksichtigt. — Dagegen sind zu den öffentlichen Verbänden die Privatinteressen dienenden, wenngleich staatlich zugelassenen oder auch im öffentlichen Interesse beaufsichtigten Verbindungen nicht zu rechnen, also nicht gewerbliche Innungen, Aktiengesellschaften, auch nicht Eisenbahn-Gesellschaften, eingetragene Genossenschaften.

9) Oeffentliche Feuerversicherungsanstalten sind nur bevorrechtigt, wenn sie zur Annahme der Versicherung verpflichtet sind. Gleichgültig ist dann, ob die Versicherung eine freiwillige ist oder eine Verpflichtung dafür existirt; ob Mobilien oder Immobilien versichert sind, und ob die Versicherung gegen feste Prämien erfolgt oder auf Gegenseitigkeit beruht. Der Zusatz: „zur Annahme der Versicherung verpflichteten" ist von der R.K. eingeschaltet. Letztere hatte in erster Lesung die Feuerversicherungsanstalten ganz gestrichen, um ihnen überhaupt kein Vorrecht zu geben; zufolge der Bemerkung, daß sie auch zu den öffentlichen Verbänden zu rechnen seien, wurde beantragt, zu setzen: „öffentliche Verbände ausschließlich der Feuerversicherungsanstalten". Demnächst wurde indeß die im Gesetze neu aufgenommene Beschränkung beschlossen. Gemäß der Erläuterung des Antragstellers (v. Sarwey) soll der Umstand entscheiden, ob im konkreten Falle die Anstalt zur Annahme der in Rede stehenden Versicherung verpflichtet war. Prot. 49—52, 150—152.

10) Das Vorrecht zu Nr. 3 ist beschränkt auf die „nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen". Die „Verfassung" der Verbände besteht, wenn nicht auf einem Gesetze selbst, in ihrem Statute oder den für sie und die ihnen Ange-

hörigen verbindlichen Beschlüssen. Ausgeschlossen sind die auf besonderen Verhältnissen (Verträgen, Delikten u. s. w.) beruhenden Verpflichtungen. Für dieselben unter Nr. 3 bezeichneten Berechtigten war im E. 54 ebenfalls wegen Defekte des G.Schuldners aus einer Kassen- oder Vermögensverwaltung hinter Nr. 4 ein Vorrecht eingeschaltet, welches von der R.K. gestrichen ist. Prot. 52. — Die Abgaben und Leistungen müssen „aus dem letzten Jahre" vor der K.Eröffnung stammen, d. h. für das letzte Jahr zu entrichten sein, wie nach § 54 Nr. 1 und § 52 Nr. 2 und gemäß der ratio legis, ohne Rücksicht auf die Fälligkeitszeit, auch wenn die letztere erst später eintritt, wofür die allgemeine Vorschrift des § 58 bestimmend bleibt. Aus gleichen Gründen müssen zu Nr. 4 die Kur- und Pflegekosten für das letzte Jahr entstanden sein.

11) Zu Nr. 4. Kur- und Pflegekosten. „Sitte und Menschlichkeit verbieten den zur Hülfe Gerufenen ihre Hülfsleistung von Sicherung ihrer Gebühren abhängig zu machen. Zudem weiß Jeder, daß in einer Haushaltung hin und wieder Krankheiten eintreten. Der Umfang, erheblich für die Berechtigten, kommt für die zurückgesetzten Gläubiger kaum in Betracht." Mot. 257. Ob das Vorrecht Erhaltung verdient? Mit denselben Gründen wäre es für vielerlei andere Forderungen zu motiviren. Aus welchem Grunde die Aerzte u. s. w. von dem G.Schuldner zu fordern haben, ob aus einem Vertrage oder aus nützlicher Verwendung, ist unerherlich. Das Gesetz giebt das Vorrecht allen „Forderungen" der Aerzte u. s. w. „wegen Kur- und Pflegekosten". Außer dem in der Voraussetzung der „Konkursforderung" (vgl. Anfang des Paragraphen) liegenden Erforderniſſe, daß eine Forderung an den G.Schuldner bestehen muß, ist bei der deutlichen Allgemeinheit der Vorschrift eine andere Bedingung, abgesehen von der quantitativen Beschränkung des Nachsatzes nicht zu fordern. Namentlich ist (gegen Hullmann S. 207, Fuchs S. 75, Wengler S. 385, Stieglitz S. 376) eine Beschränkung auf Kosten für den G.Schuldner und für diejenigen, für deren Alimentation bez. Kur er zu sorgen verpflichtet ist, nicht hineinzulegen. Aus der P. § 76 ist hierfür um so weniger zu deduziren, als auch die P. § 76 im Gesetze eine solche Beschränkung nicht ausgedrückt hatte, und der wesentliche legislatorische Grund darin bestand und besteht, daß früher die gesetzliche Pflicht, jetzt „Sitte und Menschlichkeit" die Hülfeleistung des Arztes ohne Rücksicht auf die Gebührenzahlung gebieten; für wen sie beansprucht wird, ist für dies Verhältniß gleichgültig. So auch v. Sarwey S. 376, v. Völdernsdorff I. S. 547, Petersen S. 207. Das Stadtgericht zu Berlin erklärte die zur Bildung von Krankenkassen gemäß V. v. 21. Dezember 1846 § 21 (G.S. 1847 S. 21) verpflichteten Eisenbahngesellschaften auch den Aerzten gegenüber direkt verhaftet und das K.Vorrecht der P. § 76 für solche Ansprüche für begründet (Lesson geg. Pommer'sche Centralbahn. Erk. v. 2. Juli 1877).

In Folge der Beschränkung der Höhe der Forderungen zu Nr. 4: insoweit sie den Betrag der taxmäßigen Gebührnisse nicht übersteigen, hat allerdings der Gläubiger, welcher auch die Höhe seiner Forderung begründen muß, die taxmäßige Richtigkeit nachzuweisen, Hullmann S. 207. Sofern jedoch eine verbindliche Taxe nicht besteht, z. B. für Krankenpfleger, kann man nicht (mit v. Völdernsdorff I. S. 549) den Ansprüchen das Vorrecht der vierten Klasse bestreiten, sondern im Gegentheil die Begründung nur da anwenden, wo eine Taxe besteht. Andernfalls ist eben eine solche nicht überschritten, wenn keine existirt; höchstens könnte ex ratio legis, um nicht beliebige Verabredungen des G.Schuldners gelten zu lassen, der Nachweis einer sachgemäßen Taxe d. h. der Angemessenheit verlangt werden.

12) Kinder und Pflegebefohlene. Das Vorrecht der Kinder und Mündel zu Nr. 5 wird dadurch begründet, daß ohne ihr Zuthun von Rechtswegen ihr Vermögen in die Hände der Eltern oder des Vormundes gelange und das Gesetz eine gute Verwaltung nicht ausreichend sichern könne. Sofern ihnen daher durch die Befolgung der

Gesetze im Konkurse ein Verlust droht, soll er durch das Vorrecht möglichst beseitigt werden.

Unter den Kindern sind dem Sprachgebrauche gemäß und mit Rücksicht auf das weitere Erforderniß, daß ihr Vermögen gesetzlich der Verwaltung des G.Schuldners unterworfen sein soll, nur Deszendenten ersten Grades zu verstehen. Die gesetzlichen Ausdehnungen des Begriffs der „Kinder" für die Auslegung letztwilliger Verfügungen, für den Schenkungswiderruf wegen nachgeborener Kinder (im A.L.R. I. 11 §§ 1145 ff., I. 12 § 526 ohnehin auf pflichttheilsberechtigte Deszendenten beschränkt) und ähnliche singuläre Vorschriften haben hier keine Bedeutung. Auch die allgemeine Vorschrift des A.L.R. I 1 § 40 „wenn von Familienverhältnissen die Rede ist", kommt hier nicht in Betracht, wo wesentlich die Vermögensverwaltungsrechte am Kindervermögen in Rede stehen. Zu den Kindern gehören auch die legitimirten, und Kinder aus der Ehe zur linken Hand, A.L.R. II. 2 §§ 566 ff.; auch adoptirte, sofern ihr Vermögen gesetzlich in die Verwaltung des Vaters kommt (vgl. A.L.R. II. 2 §§ 694 ff.) Zu den Kindern gehören dagegen nicht Stiefkinder, welche zum Stiefvater in keinem Familienverhältnisse stehen, und selbst durch Einkindschaft nur ein vertragmäßiges, nicht ein gesetzliches Verwaltungsrecht herbeiführen. A.L.R. II. 2 §§ 717, 721, 731 ff. Auch der Umstand, daß die etwaige Nutznießung der Mutter am Vermögen ihrer Kinder dem Stiefvater zufällt, begründet keine Kindschaft. A.M. v. Völdernborff I. S. 551, 549. Ebenso sind Pflegekinder in vermögensrechtlicher Beziehung keine Kinder; doch kann der Pflegevater als Vormund in Betracht kommen, A.L.R. II. 2 §§ 759 ff.

Wer zu den Pflegebefohlenen des G.Schuldners gehört, ist nach dem Landesrechte zu entscheiden. Preuß. Vorm.-O. v. 5. Juli 1875 §§ 11, 81 ff., 86 ff., 90. Auch die unbekannten Erben oder sonstigen Betheiligten, welchen ein Pfleger (Kurator) bestellt wird (Vorm.-O. § 89; Subhast.-O. § 80; A.L.R. II. 4 § 95), gehören dahin; ebenso die Fälle, in welchen der Vater gesetzlicher Vormund ist, Vorm.-O. § 83.

Betroffen ist das Vermögen, „dessen Verwaltung der G.Schuldner kraft Gesetzes in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Verfügungsunfähigen oder als gesetzlicher Nutzungsberechtigter zu führen hatte." Wann dies der Fall ist, entscheidet sich nach der Landesgesetzgebung über die Verwaltung des Vermögens der Kinder und Pflegebefohlenen. G.Schuldner können staatlich bestellte Vormünder, Pfleger, Tutoren, Kuratoren sein, gleichviel ob ernannt, erwählt, letztwillig berufen, bez. befreit; vgl. P. § 80; R.O.H. 18, 375; Entsch. 59, 419; Strieth. 69, 266; desgleichen Eltern, welche kraft Gesetzes auch ohne privatautonomische Bestimmung Anderer den Nießbrauch oder an Stelle eines Vormundes die Verwaltung des Vermögens haben (preuß. A.L.R. II. 2 §§ 168 ff., 159 ff.), ohne Rücksicht, ob sie dafür gesetzlich Sicherheit zu bestellen haben oder nicht; auch ohne Rücksicht, von wem das Vermögen herstammt, welche Verwaltungsakte der Vater mit dem Vermögen vornahm, und wodurch das Recht der Kinder vermittelt ist (Entsch. 38, 402; Strieth. 26, 318; 63, 18), insbesondere also auch wenn die Kinder als Erben ihrer Mutter hinsichtlich deren Illaten, welche der Vater nach dem Tode der Mutter noch nicht herausgegeben hat, Ansprüche haben (Entsch. 55, 268), wenngleich die Mutter selbst, falls sie den Konkurs erlebt hätte, kein Vorrecht für ihre Illaten gehabt hätte (Prot. 52, 53) also auch die Kinder, falls die Mutter nach der K.Eröffnung stirbt, als deren Rechtsnachfolger das Vorrecht nicht haben. v. Sarwey S. 419. War die sonst gesetzliche Verwaltung des Vaters durch zulässige testamentarische Bestimmung ausgeschlossen, so ist das dennoch in die Hände des Vaters gelangte Vermögen nicht gesetzlich in seine Verwaltung gekommen. Das Vorrecht fällt dann fort. Die Kinder erleiden den Verlust dann nicht in Folge des Gesetzes, sondern durch unzulässige Verwaltungsakte. Strieth. 38, 54. Ueberhaupt sind vom Vorrechte ausgeschlossen: Ansprüche in Ansehung des Vermögens, dessen Verwaltung der G.Schuldner ohne gesetzliche Noth-

wendigkeit thatsächlich erhalten hat, — mag der G.Schuldner sich als Vormund gerirt haben, ohne als solcher bestellt zu sein, mag von den Eltern oder ihnen gegenüber von Anderen die Anzeige von der Nothwendigkeit einer einzuleitenden Pflegschaft unterblieben sein, oder mag dem Vater aus Versehen, aus Willkür des Kurators, durch Bestimmung des großjährigen Hauskindes oder eines Testators oder Schenkgebers Nutznießung oder Verwaltung, welche ihm sonst gesetzlich nicht zustehen würde, übertragen sein. Mot. 264, 265. War dem Vater die Verwaltung kraft Gesetzes oder durch eine, in Folge des Gesetzes ergangene Entscheidung entzogen (A.L.R. II. 2 §§ 206 ff., 255 ff., 266), so ist das Vorrecht für das nachher in seine Verwaltung gekommene Vermögen ausgeschlossen. Für das bereits früher seiner Verwaltung unterworfene Vermögen kann es sich nur darum handeln, ob es nicht zufolge der Schlußbestimmung wieder verloren ist, vgl. Anm. 13.

Zur Begründung des Vorrechts reicht es nicht aus, daß die Verwaltung des G.-Schuldners gesetzlich zulässig ist, wie z. B. durch eine testamentarische Bestimmung des Zuwendenden jedem Dritten die Verwaltung übertragen werden kann (preuß. A.L.R. II. 2 § 160; I. 12 §§ 557 ff.); sondern dem Grunde des Vorrechts entsprechend ist nöthig, daß der G.Schuldner die Verwaltung auf Grund des Gesetzes erhalten hat, Andernfalls würde man freilich in die „pfadlose Prairie" (Koch zu P. § 80) kommen. Vgl. Uebergangsbestimmung im E.G. § 13. Aber es genügt, daß eine Forderung „in Ansehung" des gesetzlich der Verwaltung des G.Schuldners unterworfenen Vermögens d. h. also auf Herausgabe desselben oder auf Ersatz dafür besteht. Das Vorrecht ist nicht von einem Nachweise abhängig, daß ein Verlust des Vermögens durch den G.Schuldner verschuldet oder durch die Verwaltung entstanden ist.

13) Verlust des Vorrechts zu Nr. 5. Das Vorrecht geht verloren, „wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist." Die Frist von zwei Jahren für diese Vorrechtsverjährung ist eine civilrechtliche wahre Verjährungsfrist, und finden insoweit die Bemerkungen in der Anm. zu § 34 hier ebenfalls Anwendung. Zu welcher Zeit die Vermögensverwaltung beendigt ist und der Vater oder Vormund das Vermögen herauszugeben verpflichtet ist, bestimmt das bürgerliche Recht. „Wenn das Kind oder der gewesene Pflegebefohlene eine längere Frist verstreichen läßt, ehe er sein Recht auf Herausgabe gerichtlich ausübt, so kreditiren sie dem Vater oder Vormund und dürfen nicht anders behandelt werden, als die übrigen Gläubiger des G.Schuldners." Mot. 265. Wenn sie binnen zwei Jahren nach beendigter gesetzlicher Verwaltung geklagt haben, aber die Verfolgung des Prozesses (vgl. C.P. § 228) oder Anträge auf Zwangsvollstreckung unterlassen, so ist mit Rücksicht auf Zeit, Grund und Art der Ruhe in der Verfolgung cum grano salis zu ermessen, ob eine entsprechende Verfolgung stattgefunden hat. Da eine Verfolgung verlangt wird, so kann dies Erforderniß durch einen Einwand, diese hätte zur Zeit doch nichts geholfen, nur im Falle einer erweislichen objektiven Unmöglichkeit beseitigt werden.

Die Aus- und Absonderungsrechte der Kinder und Pflegebefohlenen werden weder durch diese Verjährungsfrist, noch durch die Bedingungen der Nr. 5 betroffen; sondern nur das Vorrecht der K.Forderungen.

§ 55.

Mit der Kapitalsforderung werden an derselben Stelle angesetzt:

1. die Kosten, welche dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens erwachsen sind;[1)]
2. die Vertragsstrafen;[2)]
3. die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen.[3)]

E. I. 64. P. 83.

1) Zu Nr. 1. Kosten. Der Anspruch einer Partei auf Erstattung der Kosten eines Rechtsstreits ist die prozessualische Rechtsfolge des Unterliegens des Gegners in der Hauptsache, C.P.O. § 87. Mot. z. C.P.O. S. 111. Der Anspruch entsteht also mit der Erhebung des Rechtsstreits als ein durch das Unterliegen in der Hauptsache bedingter Anspruch und ist somit, wenn der Prozeß zur Zeit der K.Eröffnung anhängig war, gemäß § 2 eine Konkursforderung. Demgemäß ist im § 55 Nr. 1 hinsichtlich der Kosten kein Unterschied gemacht, ob der Prozeß zur Zeit der K.Eröffnung schon beendigt war oder noch schwebt. Voraussetzung, wie für alle Forderungen in den §§ 54 und 55, ist nur, daß eine K.Forderung d. h. ein Anspruch gegen den G.Schuldner auf Erstattung von Kosten begründet ist, welche dem Gläubiger vor der K.Eröffnung erwachsen sind. (Gegensatz: § 56 Nr. 2.) Außergerichtliche, wie gerichtliche Kosten sind einbegriffen. Die Kosten eines zur Zeit der K.Eröffnung bereits beendigten Prozesses und der Zwangsvollstreckung bis zur K.Eröffnung sind nach Maßgabe der Entscheidung über den Kostenpunkt und nach C.P.O. §§ 87—100, 115, 697 anzusetzen, soweit sie nicht dem Liquidanten selbst zur Last bleiben. Die Kosten eines zur Zeit der K.Eröffnung noch nicht beendigten Prozesses, welchen die andere Partei gegen den G.Schuldner selbst fortsetzen will (vgl. Anm. 1 zu § 10), berühren die K.Masse nicht und unterliegen der demnächstigen Prozeßentscheidung. Will der Gläubiger jedoch am Konkurse theilnehmen, so sind die Kosten eines zur Zeit der K.Eröffnung noch nicht beendigten Prozesses über eine K.-Forderung mit derselben anzusetzen; der Prozeß wird unterbrochen, § 8; soweit die liquidirte Forderung hinsichtlich der Kosten bestritten wird, kann sie durch Aufnahme des Prozesses nach § 134 verfolgt werden. Die Beschränkung der P. § 83, daß die Kosten zur Zeit der K.Eröffnung dem G.Schuldner bereits auferlegt sein müssen (Strieth. 28, 330; Entsch. 40, 384), ist nicht aufgenommen. Mot. 269, 270. Vgl. Anm. 7 zu § 8 und Anm. 1 III. zu § 2.

Die Kosten können auch alleiniger Gegenstand der K.Forderung sein, z. B. im Falle des § 9 Abs. 2, oder wenn der Verwalter einen vom G.Schuldner erhobenen Prozeß über einen Bestandtheil des Aktivvermögens nach § 8 nicht aufnehmen will.

2) Zu Nr. 2: Vertragsstrafen. Konventionalstrafen treten als Entschädigung für Nichterfüllung an die Stelle der Forderung. Preuß. A.L.R. I. 9 § 366; I. 5 § 292, vgl. R.O.H. 16, 397. Ebenso nach gemeinem Rechte, Windscheid § 285, H.G.B. Art. 284 und Code civ. art. 1226. Vorausgesetzt ist auch hier eine K.Forderung, also ein zur Zeit der K.Eröffnung, wenngleich bedingt, begründeter Anspruch, § 2. Zu beachten bleibt, daß bei Bemessung der Strafe pro Tag, Woche, Monat 2c. der Versäumniß die gesammte Strafe für die Zukunft eine Forderung ist; mithin der Anspruch, wenn zur Zeit der K.Eröffnung begründet, auch die Folgezeit als bedingt umfaßt. — Als Strafe für Nichterfüllung (nicht bloße Verzögerung) kann die Strafe auch alleiniger Inhalt der Forderung sein.

3) Zu Nr. 3. „Zinsen" ohne Rücksicht auf die Höhe des Zinsfußes, auf die Zeitdauer vor der K.Eröffnung (soweit sie nicht verjährt sind) und auf die Art der

gesetzlichen, Verzugs- oder Vertragszinsen. Vgl. Anm. 6 zu § 40. (Anders im E. I. § 64.)

Die Beschränkung der Kosten und Zinsen zu Nr. 1 und 3 auf die Zeit vor der K.Eröffnung hat selbstverständlich nur auf die Geltendmachung von Konkursforderungen, wovon hier im Tit. 8 allein die Rede ist, Einfluß; nicht auf Aus- oder Absonderungsansprüche.

§ 56.

Im Konkursverfahren können nicht geltend gemacht werden:[1])

1. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen;[2])
2. die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Verfahren erwachsen;
3. Geldstrafen;
4. Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen.[3])

E. I. 65. P. 84.

1) Dadurch, daß die im § 56 bezeichneten Forderungen im K.Verfahren nicht geltend gemacht werden können, ist deren Geltendmachung gegen den G.Schuldner nicht ausgeschlossen. Mot. 270, 271. Sie können aber wirksam im Konkurse nicht angemeldet werden, und sind selbst, soweit sie unter den im § 2 aufgestellten Begriff der K.Forderung fallen, kraft der positiven Gesetzesbestimmung des § 56 nicht K.Forderungen, nehmen nicht an Abstimmungen und Akkorden Theil (§§ 87, 160) und die Verjährung gegen sie wird nicht durch eine Anmeldung im Konkurse unterbrochen (§ 13); sie sind jedoch dem Verbote des § 11 unterworfen, Anm. 2 zu § 11.

2) Zu Nr. 1: Zinsen. Die Ausführung der Mot. 270, daß die Zinsen erst mit dem Zeitablauf entstehen und daher begrifflich nicht bedingte und überhaupt nicht K.-Forderungen seien, dürfte nicht für alle Fälle zutreffend sein, vgl. Anm. 1 III. zu § 2. Durchgreifend ist dagegen der praktische Grund, daß ihre Berücksichtigung die Vertheilung erschweren würde und bei Nichtberücksichtigung in der Regel kein Gläubiger dem andern gegenüber schlechter gestellt ist. Vgl. Koch zu P. § 12. Dernburg II. § 121 Anm. 4.

Die Zinsen seit der K.Eröffnung sind nur ausgeschlossen, wenn sie als Zinsenforderung des Liquidanten (vgl. A.L.R. I. 11 § 803; I. 16 § 64) geltend gemacht werden sollen; nicht, wenn sie von ihm selbst gezahlt und ihre Erstattung als (Theil einer) Schadensforderung beansprucht wird, welche schon bei der K.Eröffnung (als bedingter Anspruch) begründet war, so für den Indossanten, welcher einen Wechsel einlöst. Wechs.-O. Art. 51.

Zu Nr. 2. Die Kosten der einzelnen Gläubiger für ihre Theilnahme am Verfahren, von den Massekosten nach § 51 Nr. 1 ausgeschlossen, können begrifflich auch nicht K.Forderungen sein, Anm. 1 III. zu § 2.

Zu Nr. 3. Unter den Geldstrafen sind hier alle von öffentlichen Behörden erkannten Geldstrafen zu verstehen, gleichviel ob richterliche, polizeiliche, von Verwaltungsbehörden erkannte oder Disziplinarstrafen; nicht aber die Privatforderungen auf Buße nach Str.Ges.B. §§ 188, 231, oder nach dem R.Ges. v. 11. Juni 1870, 30. Novbr. 1874, 9., 10., 11. Jan. 1876, 25. Mai 1877. — Konfiskationen einzelner Sachen z. B. Str.Ges.B. §§ 40, 295, 360, 367 bez. bei Zoll- und Steuerdefraudationen sind nicht Geldstrafen, sondern gehören zu den Aussonderungsansprüchen.

3) Zu Nr. 4. Die Freigebigkeit ist gleichbedeutend mit den unentgeltlichen Verfügungen im § 25 Nr. 1. Darüber, was dazu gehört, vgl. Anm. 3 zu § 25. In

welcher Art von Verträgen (Ehe- bez. Erbverträgen), letztwilligen Verfügungen oder sonstigen Erklärungen die Freigebigkeit zugesichert ist; und ob dies ohne Entgelt oder gegen ein nur scheinbares Entgelt geschehen ist, macht keinen Unterschied. Morgengabe (R.O.H. 21, 292), ferner „Gegenvermächtniß, Leibgedinge, Witthum und dergleichen Zuwendungen sind an sich Freigebigkeiten, trotz ihres Verhältnisses zu dem Eingebrachten oder dem Ehevermächtniß. Der Beweggrund ändert nicht den Charakter." Mot. 271. Indeß nur „Forderungen" aus einer Freigebigkeit sind hier ausgeschlossen. Das durch eine Freigebigkeit des G.Schuldners vor der K.Eröffnung bereits rechtsgültig erworbene Eigenthum kann der Eigenthümer nach § 35 zurückverlangen (von einer Anfechtung nach § 25 abgesehen). Hinsichtlich der Ehefrau vgl. Anm. 5 zu § 37. Im § 56 Nr. 3 ist überhaupt nur von K.Forderungen die Rede, nicht von den außerhalb des K.Verfahrens fallenden Aussonderungsansprüchen des § 35, desgleichen nicht von Absonderungsrechten. Auch das Separationsrecht des § 43 wird deshalb durch den § 56 nicht berührt. Die Forderungen aus einer Freigebigkeit Anderer als des G.Schuldners werden nicht ausgeschlossen. Daß Vermächtnißansprüche aus letztwilligen Verfügungen des G.Schuldners nicht geltend gemacht werden, bedarf kaum der Erwähnung; solche Vermächtnißnehmer sind im Konkurse über seinen Nachlaß überhaupt keine K.Gläubiger.

§ 57.

Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen,[1] aus derselben aber nur für den Betrag verhältnißmäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet,[2] oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist.[3]

E. I. 66. P. 39. 185. 247. 248.

1) Die K.O. geht von dem Grundsatze aus, daß der Hypotheken- und Mobiliar-Pfandgläubiger und überhaupt jeder Absonderungsgläubiger hinsichtlich einer Forderung, für welche der G.Schuldner persönlich haftet, welche also abgesehen von dem Absonderungsrechte begrifflich (§ 2) eine Forderung ist, soweit er nicht auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, „nur K.Gläubiger für denjenigen Betrag seiner Forderung ist, der durch das Absonderungsrecht nicht gedeckt, nicht berichtigt wird." Mot. 274. Im E. I. § 66 sollte dieser Grundsatz mit voller Konsequenz für die gesammte Behandlung der Absonderungsberechtigten vom Anfang des Konkurses ab angewendet werden. Demgemäß sollte er überhaupt seine Forderung als K.Forderung nur mit demjenigen Betrage, zu welchem er K.Gläubiger war, anmelden können, also nur in Höhe eines verzichteten oder ausgefallenen Betrages. Sie sollte auch nur wegen solcher Beträge anerkannt und festgestellt werden und am Verfahren, an Abstimmungen und Vertheilung Theil nehmen können. Dadurch erhalte der Gläubiger zugleich den nöthigen Antrieb, bald das Pfandstück zu realisiren und den Ueberschuß für die K.Masse frei zu machen. Mot. v. 1873 S. 356, 357. Die Vorl. hat, aus praktischen Gründen von dieser Konsequenz abweichend, für die Anfangsstadien des Konkurses eine günstigere Stellung der Absonderungsberechtigten beschlossen, um ihnen eine Zuziehung ohne Verzicht schon zu ermöglichen, wenn ihr Ausfall noch nicht feststeht. Darnach kann er zunächst den vollen Betrag der Forderung anmelden: „die Forderung zur K.-Masse geltend machen", § 57, und zur Prüfung als K.Forderung bringen; sie würde als solche, ihre Begründung vorausgesetzt, in Höhe des sich ergebenden Ausfalls anzuerkennen und festzustellen sein. In Höhe ihres „muthmaßlichen Ausfalls" kann sie an den Abstimmungen der Gläubiger und bei Abschlagsvertheilungen Theil nehmen. §§ 88,

141 Abs. 2. Die nach diesem muthmaßlichen Ausfalle berechnete Dividende wird jedoch dem Gläubiger nicht ausgezahlt, sondern nur für ihn reservirt und zurückbehalten (§ 155 Nr. 3); sie wird ihm nur nach dem Nachweis seines Ausfalls oder Verzichts ausgezahlt. §§ 141 Abs. 1, 143. Bei der definitiven Schlußvertheilung dagegen wird die Forderung nur in der Höhe desjenigen Betrages berücksichtigt, zu welchem der Absonderungsberechtigte prinzipiell nur K.Gläubiger ist, also nur in Höhe des erweislichen wirklichen Ausfalls oder eines definitiven Verzichts auf abgesonderte Befriedigung. Dabei werden auch diejenigen Beträge, welche bei Abschlagszahlungen zurückbehalten waren, für die Schlußvertheilung zu Gunsten der anderen K.Gläubiger frei, wenn bei derselben der Gläubiger nicht auf sein Absonderungsrecht verzichtet oder seinen Ausfall nachweist. § 144.

Die Anwendung des § 57 setzt voraus, daß der Gläubiger einen Absonderungsanspruch hinsichtlich eines Bestandtheils der K.Masse des G.Schuldners (nicht des Vermögensobjekts eines Dritten) hat und zugleich persönlicher Gläubiger des G.Schuldners hinsichtlich derselben Forderung ist. Ob Letzteres der Fall, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, § 2 (vgl. preuß. Eig.-Erw.-Ges. v. 5. Mai 1872 § 41). Haftet der G.Schuldner persönlich, so „kann" er im Konkurse (unter Beachtung der Beschränkungen der K.O.) liquidiren und kann gegenüber diesem durch die K.O. ihm zugestandenen Rechte nicht auf Grund der Landesgesetzgebung (A.L.R. I. 20 § 46) darauf verwiesen werden, daß er sich zuvörderst an das Pfand halten müsse.

2) Verzicht. Durch die Anmeldung und das Prüfungsverfahren, ebenso durch eine Betheiligung an Gläubigerversammlungen verliert der Gläubiger sein Absonderungsrecht nicht und verzichtet er hierdurch nicht darauf, auch wenn er seine Forderung nicht als Ausfallforderung charakterisirt; nur auf das Recht auf „verhältnißmäßige Befriedigung" hat die Schlußbestimmung Einfluß. R.O.H. 24, 217; R.G. I., 183. Der Verzicht muß, um die Wirkung einer tributarischen Befriedigung herbeizuführen, nach § 141 nachgewiesen bez. dem Verwalter erklärt, also ausdrücklich, bestimmt und unbedingt sein. Stillschweigende Verzichte wirken nicht. Mot. 274, 275. Demgemäß gilt auch ein Mitstimmen des Absonderungsberechtigten im Zwangsvergleichsverfahren nicht einem Verzichte gleich. Die in dem Urtheile des R.O.H. 24, 219 für die preuß. K.O. erklärte andere Ansicht ist aus den Vorschriften der P. 185 Abs. 2 — der Alternative: „muß verzichten oder nicht Theil nehmen" — hergeleitet und ist für unsere K.O. nicht mehr zutreffend. Dasselbe gilt für die auf §§ 39, 197 der preuß. K.O. gestützte Entscheidung des Obertrib. in Strieth. 100, 271 und in Rassow u. Küntzel Beitr. Bd. 23 S. 461. Nach unserem § 57 jedoch kann der Absonderungsberechtigte nur dann als K.Gläubiger „Befriedigung verlangen", wenn er verzichtet (oder ausfällt). Der Verzicht ist indeß ein solcher nur, wenn er ausdrücklich erklärt ist. A.L.R. I. 16 § 381. Vgl. Anm. 4 zu § 160. Der Verzicht muß auch unbedingt auf abgesonderte Befriedigung gerichtet sein; ein Verzicht auf einzelne Befugnisse z. B. nur auf das Behalten des Besitzes oder auf Veranlassung einer Zwangsverwaltung ist wirkungslos. Dagegen gestattet § 57 für einen Theil der Forderung auf das Absonderungsrecht zu verzichten, um für diesen Theil verhältnißmäßige Befriedigung zu verlangen. „Der Absonderungsberechtigte ist unzweifelhaft berechtigt, auf jeden Theil seines Absonderungsanspruchs Verzicht zu leisten, ohne daß die K.Gläubiger dem widersprechen können."

3) Die Vorschrift des § 57 betrifft, wie sie ausdrücklich sagt, nur die Befriedigung aus der K.Masse. Die Forderung wird dadurch nicht auch behufs der Geltendmachung außerhalb des K.Verfahrens fällig (vgl. Anm. 2 zu § 58). Die Rechte des Gläubigers, welche er nach der K.Beendigung gegen den G.Schuldner persönlich geltend machen kann, sind dadurch unberührt; ebenso die Vertheidigung des G.Schuldners hiergegen; so dessen Recht, den Gläubiger zunächst auf das Pfand zu verweisen. Preuß. A.L.R. I. 20 § 46.

Entsch. 43, 423. Aus demselben Grunde braucht der Absonderungs-Gläubiger, welcher im Konkurse auf sein Absonderungsrecht nicht verzichtet hat, dasselbe nach einem Zwangsvergleiche nicht gegen die Akkordrate aufzugeben, Anm. 4 zu § 160, auch nicht, wenn er seine Forderung im Konkurse angemeldet hat, vgl. vorst. Anm. 2. Hinsichtlich des Ausfalls indeß, derselbe mag während des Konkurses, oder erst nach dessen Beendigung festgestellt werden, hat er überhaupt kein Absonderungsrecht mehr, sondern ist er nur K.-Gläubiger, auch wenn er vorher nicht verzichtet hat. Er ist hinsichtlich dieses Ausfalls gemäß § 160 mithin (ohne Rücksicht darauf, ob er angemeldet hat) den Wirkungen des Zwangsvergleichs unterworfen, sowie berechtigt, dieselben für sich in Anspruch zu nehmen. Entsch. 43, 431, 432.

Hat der Gläubiger jedoch im Konkurse bereits auf sein Pfandrecht verzichtet, so bleibt dies gegen und für ihn auch nach dem Konkurse wirksam. Das durch Verzicht definitiv aufgegebene Recht kann nach dem Konkurse nicht wieder aufleben. Es ist nicht durch den Konkurs und nicht blos für den Konkurs, sondern durch seine eigene Willenserklärung für immer beseitigt. Andererseits bewirkt der Gläubiger, welcher nach einer Akkordbeendigung des Konkurses die Akkorddividende als solche (nicht als Abschlagszahlung) ohne Vorbehalt annimmt, dadurch dem Akkorde hinsichtlich seiner Forderung beitretend, die Tilgung der Forderung selbst und kann nach deren Erlöschen für dieselbe keine Pfand- oder Realrechte mehr geltend machen, R.G. 1, 183. Die Vorschrift der K.O. § 141 für die Form und den Nachweis des Verzichts während des Konkurses (Anm. 2) ist nur für das K.Verfahren und nicht für die Rechte nach demselben obligatorisch.

§ 58.

Betagte[1] Forderungen gelten als fällig.[2]

Eine betagte unverzinsliche Forderung vermindert sich auf den Betrag,[3] welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen[4] desselben für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Fälligkeit[5] dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt.

E. I. 67. P. 249.

1) Ob eine Forderung eine betagte (§ 58) oder eine bedingte und als solche nach §§ 59, 60 zu behandeln, ist nach Civilrecht zu entscheiden. In allen Fällen ist vorausgesetzt, daß der Anspruch selbst zur Zeit der K.Eröffnung schon begründet ist. Anm. Nr. 2, 3 zu § 2. Im Allgemeinen gilt nach gemeinem wie nach preuß. Recht eine absolute Ungewißheit, so wie auch die relative Ungewißheit in Ansehung der Frage: ob die Zeit eintreten werde, der Bedingung gleich. Eine Ungewißheit, wann sie eintreten wird, ist nach gemeinem Rechte bei letztwilligen Verfügungen in der Regel ebenfalls der Bedingung gleichbedeutend, nicht aber bei Verträgen. Nach dem preuß. A.L.R. wird jede Willenserklärung durch Beziehung auf Ereignisse, welche nach dem natürlichen Laufe der Dinge nothwendig eintreten müssen, nicht bedingt; die Abhängigkeit von einem solchen Ereignisse (z. B. Todesfall) ist Zeitbestimmung. Kündbare Forderungen sind betagte, nicht bedingte. l. 10, 17 D. de cond. ind. (12, 6). l. 46 pr. D. de Verb. Obl. (45, 1). l. 79 pr. § 1 D. de cond. et dem. (35, 1). l. 4 § 1 D. quando dies legatur (36, 2). Preuß. A.L.R. I. 4 §§ 100 ff., 126 ff.; I. 5 §§ 226 ff.; I. 12 §§ 478 ff., 466. Vgl. Förster Bd. I. §§ 36, 37. Dernburg Privatr. I. §§ 86 ff.; II. §§ 59 ff.; Strieth. 85, 112. Vgl. Anm. 5.

2) Die für den Konkurs gegebene Vorschrift des Abs. 1 gilt für alle Konkursforderungen, von welchen allein § 58 und der gesammte achte Titel handelt, und nur für die Betheiligung am K.Verfahren; dagegen nicht hinsichtlich der Geltendmachung gegen

den G.Schuldner außerhalb des K.Verfahrens; auch nicht gegen Mitverpflichtete, ebenso nicht für oder gegen Absonderungsberechtigte hinsichtlich ihres Absonderungsanspruchs; und ferner in Betreff der nach den §§ 15 ff. schwebenden Verpflichtungen nur insoweit, als sich daraus nach jenen Vorschriften eine K.Forderung ergiebt. Insbesondere werden also betagte Hypothekenforderungen als solche behufs der Betreibung der Subhastation, welche außerhalb des K.Verfahrens fällt, durch den Konkurs nicht fällig; ebenso nicht die Forderungen der Mobiliarpfandgläubiger behufs der Ansprüche auf das Pfandobjekt. Hinsichtlich der K.Forderungen im Konkursverfahren gilt dagegen die Vorschrift in allen Beziehungen, nicht blos (wie in P. § 249) für die Vertheilung, sondern auch für Kompensationen, § 47, für Beschlußfassungen der Gläubiger und für die Feststellung selbst. Die Forderung gilt auch gegen den K.Gläubiger selbst als mit der K.Eröffnung fällig geworden. Mot. 276. Der Gläubiger kann eine erst später fällige, ebenso eine nicht auf Reichswährung, sondern auf bestimmte Werthpapiere oder andere Leistungen gerichtete Forderung nur nach deren zeitigem Werthe (nach der Zeit der K.Eröffnung berechnet) anmelden und feststellen lassen. Ebenso kann der K.-Gläubiger eine betagte unverzinsliche Forderung nur in dem nach Abs. 2 zu berechnenden Betrage geltend machen. Wenn er anmeldet, muß sich der Gläubiger mit dem Werthe zur Zeit der K.Eröffnung begnügen; es steht ihm aber frei, zu warten und nach dem Konkurse sein Recht zu verfolgen. Anm. zu §§ 10, 11.

3) Abs. 2 findet nur auf eine betagte unverzinsliche Forderung Anwendung. Ist sie verzinslich, wenngleich zu einem geringeren Prozentsatze als dem gesetzlichen, so findet überhaupt kein Abzug wegen Zwischenzinsen statt und die Beschränkung des Abs. 1 durch Abs. 2 fällt dann fort. — Die unverzinsliche Forderung vermindert sich um das Interusurium (Diskonto). Für die Berechnung desselben ist die Carpzow'sche Methode: vom Kapitale die Zinsen desselben für den Zeitraum zwischen der K.Eröffnung bis zum Verfalltage abzuziehen, reprobirt worden, weil sie unrichtig ist und bei später Verfallzeit einem Verluste der Forderung selbst fast gleich käme. Die Methode von Leibnitz sucht den Betrag, welcher mit Hinzurechnung der Zinsen dieses Betrages und der Zinseszinsen für die Zeit bis zum Verfalltage dem Nominalbetrage der Forderung gleichkommt. Gegen dieselbe ist mit Recht eingewendet, daß es thatsächlich selten möglich ist, sofort jeden Zinsenbetrag wieder zinsbar anzulegen. In Uebereinstimmung mit P. § 249 ist die Hoffmann'sche Methode zur Berechnung gewählt.

Die Zeitberechnung erfolgt a die ad diem. Für die Berechnung innerhalb dieser Zeit ist in Ermangelung einer besonderen Vorschrift das bürgerliche Recht maßgebend. Die Vorschrift, welche über die materiellen Rechte im Konkurse bestimmt, ist eine civilrechtliche. Vgl. Anm. 7 zu § 13, Anm. 3 zu § 24. Nach allgemeinem deutschen Handelsgebrauche, welcher in Handelssachen nach Art. 1. H.G.B. anzuwenden ist, wird das Jahr zu 360 Tagen und jeder Monat zu 30 Tagen gerechnet. Für Handelssachen ist diese Berechnung daher auch hier obligatorisch, Hullmann S. 211; a.M. v. Sarwey S. 429; Petersen S. 279. Für andere Forderungen ist strenge von Tag zum Tage zu rechnen. Wenn X den zu suchenden Betrag, A die Zahl der Jahre zwischen der K.-Eröffnung und dem Fälligkeitstermine (eventuell in Zwölftel-Bruchtheilen der Monate oder 360stel der Tage ausgedrückt), und Z den Nominalbetrag der Forderung bezeichnet, so ist der Betrag für den Zinsfuß von 6 Prozent durch folgende Gleichung zu finden:

$$100 + (6 \times A) : 100 = Z : X;$$

$$\text{also } X = \frac{100 \times Z}{100 + (6 \times A)}$$

Für ein nach 1 Jahr 6 Mon. (= 540 Tagen) zahlbares Kapital von 1000 Mark ist der Betrag nach Abrechnung des Interusurium also

$$\frac{100 \times 1000}{100 + \left(6 \times \frac{540}{360}\right)} = \frac{100{,}000}{100 + 9} = \frac{100{,}000}{109} = 917 \text{ Mark } 43 \text{ Pf.}$$

Die Aenderungen bei Berechnung von 365 Tagen für das Jahr bez. für einen Zinsfuß von 5 Prozent sind hiernach leicht zu finden.

4) Die gesetzlichen Zinsen sind „bei Handelsgeschäften" und für Wechselforderungen sechs Prozent, H.G.B. Art. 287. Wechs.O. Art. 50, 51. Für andere Forderungen entscheidet Landesrecht. (Preuß. A.L.R. I. 11 § 841: fünf Prozent; ebenso in Bayern).

5) Die Abrechnung der Zwischenzinsen vom Tage der K.Eröffnung bis zur Fälligkeit muß erfolgen ohne Rücksicht darauf, zu welcher späteren Zeit die Forderung fällig wird und ob etwa zur Zeit der Anmeldung die Fälligkeit schon eingetreten ist. Ist aber der Fälligkeitstermin unbestimmt, insbesondere von einem Ereignisse abhängig, von welchem zwar feststeht, daß es, aber nicht, wann es eintritt — dies incertus quando — wie der Todesfall einer Person (Zeitbestimmung nach preuß. A.L.R. I. 4 §§ 126, 127), so ist eine Berechnung nach Abs. 2 nicht möglich. Es kommt dann § 62 für Forderungen, deren Geldbetrag unbestimmt ist, in Anwendung, Mot. 278. Dasselbe gilt, wenn der terminus a quo ungewiß ist. Prot. 55. Vgl. Anm. 1.

§ 59.

Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht.[1]

E. I. 68. P. 260. Nr. 2.

1) Forderungen, deren Aufhebung zufolge einer Resolutiv-Bedingung möglich ist, werden im Konkurse wie unbedingte geltend gemacht, angemeldet, auch ohne Beschränkung bei Beschlußfassungen der Gläubiger zugelassen und bei der Berechnung der Vertheilung zur vollen Höhe berechnet. Durch die Zulassung der „Geltendmachung" gleich den unbedingten soll aber dem K.Gläubiger bez. dem durch den Verwalter vertretenen G.Schuldner nicht das Recht entzogen werden, die Aufhebung der Forderung bei Eintritt der Bedingung zu beanspruchen; auch nicht das Recht, Sicherheit wegen der Rückzahlung für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung zu verlangen, sofern der Gläubiger nach dem bürgerlichen Rechte zu einer solchen Sicherheitsbestellung verpflichtet ist. Dies gilt auch für den Fall der Kompensation einer auflösend bedingten Forderung, vgl. Anm. 3 zu § 47. Die Forderung soll nicht als unbedingt „gelten" und ist deshalb, abweichend vom Ausdrucke des § 58, eine solche Wirkung hier nicht ausgesprochen. Die Antheile auf solche Forderungen sollen daher nach § 155 Nr. 4, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet, an ihn nicht ausgezahlt, sondern zurückbehalten werden. Zu diesem Zwecke ist es daher sachgemäß, die Frage, ob der Gläubiger zur Sicherstellung verpflichtet ist, schon bei der Anmeldung und Prüfung der Forderung zu erledigen, nöthigenfalls im Prozeßwege zum Austrag zu bringen. Mot. 279. Vgl. Anm. 4 zu § 155. Hinsichtlich der civilrechtlichen Verpflichtung zur Sicherstellung bei auflösenden Bedingungen vgl. preuß. A.L.R. I. 4 §§ 121—125; I. 5 § 272.

§ 60.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung[1] berechtigen[2] nur[3] zu einer Sicherung.[4]

E. I. 69. P. 86. 250. Nr. 1.

1) Forderungen unter Suspensiv-Bedingungen, deren Erfüllung von einer Thätigkeit des G.Schuldners abhängt, sind nicht K.Forderungen. Vgl. hierüber und über die

Einschränkungen von Völdernbdorff und Petersen Anm. 3 zu § 2. Sie kommen also unter den im achten Titel hier behandelten K.Forderungen nicht in Frage. Ueber die Unterscheidung von Bedingungen und Zeitbestimmungen vgl. Anm. 1 zu § 58.

Zu den suspensiv-bedingten Forderungen gehören insbesondere die Forderungen von Bürgen und Mitschuldnern des G.Schuldners hinsichtlich derjenigen Ansprüche, welche sie nach Civilrecht geltend machen können, wenn sie die Schuld des G.Schuldners zahlen müssen bez. zahlen. Die K.O. giebt keine besondere Vorschriften für diese namentlich im Wechselverkehr häufigen Ansprüche, und setzt die Anwendung der Bestimmungen für suspensiv-bedingte Forderungen auf dieselben voraus. Der Anspruch des Bürgen ist als Forderung an den G.Schuldner (Hauptschuldner) durch die Zahlung des Bürgen bedingt. Dies gilt unzweifelhaft nach gemeinem Rechte, wenn der Bürge die Bürgschaft im Auftrage des Schuldners oder in Geschäftsführung für ihn (und zwar nicht im eigenen Interesse des Bürgen und nicht donandi causa, ohne den Schuldner verpflichten zu wollen) übernommen hat und wenn der Bürge dadurch einen Regreßanspruch in Höhe seiner Leistung nebst Zinsen, Kosten und Schäden auch ohne Cession gegen den Schuldner erlangt. Windscheid II. § 481, R.G. 1, 345. Es gilt aber auch, wenn zwischen dem Bürgen und Schuldner kein Rechtsverhältniß besteht, welches einen eigentlichen Regreßanspruch begründet, wie nach gemeinem Recht, falls die Bürgschaft gegen den Willen des Hauptschuldners eingegangen ist. Der Bürge tritt dann zwar erst durch Befriedigung des Gläubigers oder Cession in dessen Rechte, Windscheid a. a. O.; aber auch dann hat er schon durch die Uebernahme der Bürgschaft einen Anspruch an den Schuldner, welcher für den Fall bedingt ist, daß er mit der Befriedigung des Gläubigers kraft Gesetzes oder Cession in dessen Rechte tritt. Stieglitz S. 398; v. Sarwey S. 436. (Abweichend will Hullmann S. 215, 216 bis zur Befriedigung oder Cession dann dem Bürgen noch keinen, auch nur bedingten, Anspruch einräumen.) Unbedenklich steht dem Bürgen nach Code civ. art. 2028, 2029 mit der Eingehung jeder Bürgschaft, auch der gegen den Willen des Schuldners übernommenen, der bedingte Regreß und der durch Zahlung bedingte Eintritt in die Rechte des Gläubigers (auch ohne Cession) zu. Dasselbe ist auch für das preuß. A.L.R. anzunehmen, welches den Bürgen kraft Gesetzes, soweit er den Gläubiger befriedigt, in alle Rechte desselben gegen den Schuldner auch ohne Cession eintreten läßt und diesen auch über die Forderung des Gläubigers hinaus dem Bürgen für Kosten, Schäden und Zinsen haften läßt, A.L.R. I. 14 §§ 338, 351 ff; wenngleich bei einer wider den Willen des Schuldners übernommenen Bürgschaft durch die Aneignung des Vortheils, d. h. die Nichtrückzahlung der getilgten Schuld bedingt, und auch nur in Höhe der nützlichen Verwendung, A.L.R. I. 14 §§ 351; I. 13 §§ 251, 241. Die gleichen bedingten Verhältnisse gelten für die Ansprüche von Mitschuldnern.

Die Forderungen der Bürgen und Mitschuldner können also im Konkurse als suspensiv bedingte angemeldet und geltend gemacht werden, und zwar in Höhe derjenigen Ansprüche, welche die Berechtigten im Falle ihrer Zahlung nach dem bürgerlichen Rechte haben; soweit es dieses gestattet, auch über den Umfang der Forderung des Hauptgläubigers hinaus, vgl. Windscheid I. § 481; Preuß. A.L.R. I. 14 §§ 351 ff., 341; Code civ. art. 2028. Die Beschränkungen, welche die P. § 86 dahin vorschreibt, daß sie vor Eintritt der Zahlung ihre bedingte Forderung nicht geltend machen können und daß sie nur durch dessen Befriedigung in dessen Rechte gegen die Masse eintreten können, sind beseitigt. Damit sind auch die hierauf sich beziehenden Entscheid. des preuß. Obertrib. (Entsch. 45, 133; Striethl. 41, 274) und des R.O.H. (9, 339; 21, 92; Nassow u. Küntzel Beitr. Bd. 24, 1052—1055) für die K.O. unanwendbar. Die Besorgniß, daß dieselbe Forderung doppelt im Konkurse zur Geltung käme, erledigt sich durch die Beschränkung der bedingten Forderungen hinsichtlich der Auszahlung ihres Antheils. Er wird reservirt, §§ 142, 155 Nr. 2. Falls sich der unbedingt berechtigte Gläubiger meldet,

so entscheidet sich damit zugleich, ob die Bedingung eintritt. In Höhe des an den Unbedingt-Berechtigten aus der K.Masse zu zahlenden K.Antheils tritt die Bedingung hinsichtlich des Bedingt-Berechtigten überhaupt nicht ein. In Höhe des Jenem nicht gezahlten, aber von ihm im Konkurse geltend gemachten Betrages tritt zwar die Bedingung ein, stellt sich aber auch zugleich heraus, daß in Höhe dieses Betrages der Regreßberechtigte, dessen Recht auf dem Eintritte in die Rechte des Gläubigers beruht, schon durch dessen Berücksichtigung der Masse gegenüber berücksichtigt ist. „Denn wiewohl dessen Befriedigung nur nach den Kräften der Masse erfolgt, ihr gegenüber ist die Forderung konsumirt. Das folgt aus allgemein gültigen Rechtssätzen von selbst; dazu bedarf es nicht einer besonderen Bestimmung.“ Soweit der Bedingt-Berechtigte kraft selbständigen Rechts und nicht blos auf Grund des Eintritts in die Rechte des Gläubigers über dessen Forderung hinaus Ansprüche hat, werden diese durch dessen Anmeldung ohnehin nicht beseitigt. Mot. 282—285. In Betreff dessen, was der Bürge oder Mitschuldner schon gezahlt hat, bleibt natürlich seine unbedingte Forderung an die K.Masse nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen. Strieth. 35, 302; 41, 274.

Das Verhältniß des Gläubigers zum Bürgen des G.Schuldners wird durch die K.O. als außerhalb des Konkurs-Verfahrens fallend nicht modifizirt und ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen, A.L.R. 14 §§ 342 ff. (vgl. indeß § 178 K.O.); ebenso die Verhältnisse des Bürgen unter einander, A.L.R. I. 14 §§ 373 ff., R.O.H. 1, 102; 18, 171; 24, 99. Ist der G.Schuldner Mitbürge oder Mitschuldner für ein Schuldverhältniß, so stehen ihm bez. dem Verwalter natürlich alle Einreden aus diesem Verhältnisse (Einrede der Vorausklage, der Theilung u. s. w.) nach dem bürgerlichen Rechte zu. Für den Fall solidarischer Mitverhaftung bestimmt § 61.

Als bedingt berechtigte K.Gläubiger sind im Sinne der K.O. ferner Diejenigen zu behandeln, welche für s. g. Gefälligkeitswechsel aus dem civilrechtlichen Grunde der Gefälligkeitsabrede eventuelle Regreßrechte haben (Strieth. 37, 192; 39, 128; 41, 329; 43, 147; Entsch. 46, 323); desgleichen Indossanten eines Wechsels, welchen sie vor der K.Eröffnung begeben hatten und nach derselben einlösen müssen. R.O.H. 24, 1. Daß die Wechselindossanten in solchem Falle im Sinne der K.O. zu den Bedingt-Berechtigten zu rechnen sind, ergeben insbesondere auch die Erörterungen in Anm. 2, 6 zu § 48, Anm. 3 zu § 2. Allerdings wäre es jedoch rathsam gewesen, diese Lösung der sehr bestrittenen Fragen zumal hinsichtlich der Indossanten eines Wechsels für die K.O. als materielles K.Recht vorzuschreiben. Dadurch, daß sich die Mot. dafür entscheiden, ist sie nicht Gesetz geworden.

2) Nicht Jeder, welcher eine suspensiv-bedingte Forderung an den G.Schuldner hat, soll durch die K.Eröffnung ein absolutes Recht auf Sicherstellung erlangen. Die Stellung des bedingt-berechtigten Gläubigers im Konkurse ist vollständig nur unter Vergleichung der §§ 47 Abs. 3, 60, 88, 142, 144, 155 Nr. 2, 156, 158 zu erkennen. Der Satz des § 60 ist als Rest des E. I. § 69 übrig geblieben, welcher eine andere Rechtsstellung für bedingte Forderungen in Aussicht nahm.

Der E. I. § 69 bestimmte: (Abs. 1) „Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu dem Verlangen der Sicherstellung zum Zwecke der Aufrechnung oder bei einer Vertheilung der Masse“. (Abs. 2). „Die Sicherstellung kann verlangt werden, soweit der G.Schuldner zu derselben verpflichtet gewesen wäre. Soweit dies nicht der Fall ist, bestimmt je nach der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung das Gericht nach freiem Ermessen, ob und für welchen Betrag der Forderung die Sicherstellung erfolgen soll“. Nach E. I. § 162 sollten die Antheile bis nach Eintritt der Bedingung zurückbehalten und die Forderungen nach Eintritt der Bedingungen befriedigt werden. Vgl. Mot. v. 1873 S. 362—367. Diese Grundsätze wurden von der Vork. modifizirt.

Dieselbe stellte die in der K.O. enthaltenen von der R.K. unverändert angenommenen Grundsätze auf. Im E. hatte indeß der § 60 die deutlichere Fassung: „Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu dem Verlangen der Sicherstellung nach Maßgabe des § 142". Die R.K., welche den § 142 selbst unverändert ließ, veranlaßte nur die redaktionelle Aenderung der jetzigen Fassung des § 60. Prot. 55.

Nach dem Systeme der K.O. wird dem Bedingt-Berechtigten vorläufig ein Recht auf Sicherung im Konkurse ohne Rücksicht darauf, ob sie civilrechtlich Sicherstellung verlangen können, gewährt und zwar dahin: Die Antheile werden für die Forderung bei einer Abschlagsvertheilung berechnet, wie wenn die Forderung eine unbedingte wäre; sie werden aber dem Gläubiger nicht ausgezahlt, sondern zurückbehalten und nach Anordnung des Gerichts hinterlegt, bis die Bedingung eingetreten ist, §§ 142 Abs. 1, 155 Nr. 2, 156. Bei der Schlußvertheilung wird jedoch, wenn bis dahin die Bedingung nicht schon eingetreten ist, ein Recht auf noch längere Sicherstellung nur dann berücksichtigt und anerkannt, wenn der G.Schuldner zur Sicherheitsleistung rechtlich verpflichtet war. Ist dies der Fall, so bleiben die Antheile bis zur Entscheidung über den Eintritt der Bedingung hinterlegt. Ob die Verpflichtung des G.Schuldners zur Sicherheitsleistung auf dem Gesetze oder auf Vertrag, freiem Willen oder Bestimmung eines Dritten (Erblassers) beruht, begründet keinen Unterschied. Ist der G.Schuldner zur Sicherstellung nicht verpflichtet, so wird bei der Schlußvertheilung nicht nur nichts auf die Forderung vertheilt, sondern es werden auch die Beträge, welche bei Abschlagszahlungen zurückbehalten waren, für die Schlußvertheilung zu Gunsten der anderen K.Gläubiger frei, wenn dann die Bedingung nicht eingetreten oder eine civilrechtliche Verpflichtung des G.Schuldners zur Sicherstellung nicht begründet ist, §§ 142 Abs. 2, 144, 156. In gleicher Weise ist auch für Schuldner des G.Schuldners, welche eine aufschiebend bedingte Forderung für sich zur Kompensation stellen wollen, sowohl ihr vorläufiges Recht auf Sicherstellung behufs der Aufrechnung festgestellt (§ 47 Abs. 3), als auch für die Schlußvertheilung ein Recht auf Sicherung — falls die Bedingung bis dahin noch nicht eingetreten ist — nur dann anerkannt, wenn der G.Schuldner civilrechtlich zur Sicherstellung verpflichtet war. (§ 158.) Mot. 233, 279—282.

Zu unterscheiden ist von den bedingten Forderungen ein an sich begründetes Recht auf Sicherstellung. Ein desfallsiges, wenngleich unbedingtes, Recht kann im Konkurse als solches für sich allein nicht geltend gemacht werden, weil immer eine (bedingte oder unbedingte) bestimmte Forderung, welche unter dem Begriff einer K.Forderung (§§ 2, 62) fällt, vorliegen muß. Nur in Verbindung mit einer solchen kann das Recht auf Kautionsbestellung im Konkurse wirksam werden. Für unbedingte Forderungen wird es für den Konkurs unnöthig, da das K.Verfahren selbst die Sicherung bez. Befriedigung, soweit sie möglich ist, bietet. Für bedingte Forderungen wird das Recht jedoch wesentlich, um auch für den Fall, daß die Bedingung während des Konkurses bez. vor der Vertheilung nicht eintritt, die Sicherung in der angegebenen Weise zu bewirken.

Hinsichtlich der gesetzlichen Verpflichtung zur Sicherheitsleistung — abgesehen von Absonderungsrechten §§ 40, 41 — vgl. Wechs.-O. Art. 29; preuß. A.L.R. I. 4 §§ 121—125; I. 5 §§ 272, 449; I, 7 § 152; I. 9 § 491; I. 11 §§ 223, 501, 759, 760; I. 12 §§ 180, 290, 291, 422, 472, 480, 482; I. 14 §§ 357, 449; I. 17 §§ 149, 303; I. 18 § 797; I. 20 §§ 23, 126, 134, 260, 556; I. 21 §§ 20, 103, 109, 140; II. 1 §§ 454, 802, 803; II. 2 §§ 174, 180, 181, 187. Ges. vom 5. Mai 1872 § 50.

3) Nach dem E. I. § 69 sollte die Beschränkung des Gläubigers auf das Recht zur Sicherung zugleich die Bedeutung haben, daß der Bedingt-Berechtigte auch an Beschlußfassungen der Gläubiger, insbesondere über einen Akkord, nicht Theil nehmen konnte. Mot. v. 1873 S. 363. Nach dem von der Vork. zugefügten § 88 nimmt er jedoch daran unter den im § 88 festgesetzten Beschränkungen Theil. Im Uebrigen kann er (analog

einem Absonderungsberechtigten s. Anm. 1 zu § 57) den vollen Betrag der Forderung als Sicherungsberechtigter anmelden und zur Prüfung bringen. Der Anspruch würde, die Begründung der bedingten Forderung vorausgesetzt, als sicherungsberechtigt für Abschlagsvertheilungen und ferner, wenn nicht nur die bedingte Forderung, sondern auch die Verpflichtung des G.Schuldners zur Sicherstellung begründet ist, auch als sicherungsberechtigt für die Schlußvertheilung (gemäß Anm. 2) festzustellen sein. Die Vermerke über die desfallsigen Beschränkungen der Feststellung sind in der Tabelle mit aufzunehmen. Vgl. Anm. 2 zu § 128. Die Verfolgung der Feststellung streitig gebliebener Forderungen muß im Antrage diese Beschränkungen ebenfalls kennzeichnen.

4) Die Sicherung, zu welcher der Gläubiger berechtigt sein soll — eine durch die K.O. für die materiellen Rechte der K.Gläubiger bestimmte civilrechtliche, nicht eine nach C.P.O. § 101 zu beurtheilende prozessualische — ist nur die in den §§ 142, 144, 155, 156 näher angegebene. Anm. 2. Es handelt sich nur um die Sicherung einer K.Forderung für den tributarischen Betrag, welchen der Gläubiger bekäme, wenn seine Forderung eine unbedingte wäre. Diese Sicherung erhält er durch Zurückbehaltung und Sicherung des auf seine Forderung fallenden Antheils. Vor Ermittelung eines solchen kann er als K.Gläubiger ebensowenig Sicherung verlangen, wie ein Unbedingt-Berechtigter Zahlung fordern könnte; und über den tributarischen Antheil hinaus hat er überhaupt kein individuelles Recht. Dies folgt aus den allgemeinen Grundsätzen über die Rechte der K.Gläubiger bez. §§ 10, 126 ff.

§ 61.

Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche neben einander für dieselbe Leistung auf das Ganze[1] haften, das Konkursverfahren eröffnet,[2] so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung[3] in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.[4]

E. I. 70. P. 87.

1) Voraussetzung des § 61 ist, daß außer dem G.Schuldner noch ein Anderer oder Mehrere für die Forderung auf das Ganze (in solidum) haften, und daß jetzt d. h. zur Zeit der K.Eröffnung der Gläubiger berechtigt ist, die ganze Forderung gleichzeitig gegen jeden Schuldner geltend zu machen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Leistung aus einer Einheit oder einer Mehrheit von Obligationen geschuldet wird, eine Korreal- oder Solidar-Obligation vorliegt, „ob die Verhaftung der Einzelnen auf demselben oder auf selbständigem, auf gleichen oder verschiedenen Rechtsgründen beruht, ob der Eine durch Uebernahme der Schuld eines Anderen oder durch Verbürgung für dieselbe haftbar geworden ist, ob ursprünglich die Schuld des Einen die prinzipale, die des Anderen eine subsidiäre war". Mot. 288. Diese Voraussetzung trifft namentlich für das Recht des Wechselinhabers zu, sich an jeden Wechselverpflichteten solidarisch zu halten (W.O. Art. 81) und § 61 ist daher insbesondere für Wechselforderungen wichtig. Ist dagegen die Verhaftung des G.Schuldners für das Ganze oder für die Antheile der Anderen zur Zeit der K.Eröffnung nur insoweit begründet, als nicht von diesen Zahlung geleistet wird, also nur durch spätere Nichtzahlung Anderer bedingt, so besteht gegen den G.Schuldner keine K.Forderung auf das Ganze, sondern nur auf den nach Abzug der demnächstigen Zahlung verbleibenden Rest. Mot. 288.

Für den Fall solcher Solidarverhaftungen würde an sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gläubiger sein Recht zwar voll im Konkurse jedes der mehreren Verpflichteten anmelden können, müßte aber nach jeder Theilzahlung aus einem der Kon-

kurse sich den Betrag dieser Zahlung anrechnen lassen, und könnte also nur vom Restbetrage noch die Dividende beanspruchen. Er müßte mithin bei Insolvenz aller Verhafteten immer an seiner Forderung verlieren, auch wenn die verschiedenen Massen Dividenden von zusammen mehr als 100 Prozent ergäben. Mit Rücksicht auf diese Härte der Konsequenz und in Uebereinstimmung mit fast allen Gesetzgebungen soll der Gläubiger den Nominalbetrag seiner Forderung bei allen K.Massen bis zu seiner vollen Befriedigung geltend machen können, d. h. er kann in jedem Konkurse den ganzen Betrag seiner Forderung anmelden; derselbe ist in voller Höhe festzustellen und sein Antheil ist nach dem Gesammtbetrage zu berechnen; es soll den anderen K.Gläubigern nicht zu Gute kommen, daß er noch von anderen Mitschuldnern etwas bekommen kann. Als eine auf Billigkeitsgründen beruhende Ausnahmevorschrift ist § 61 nicht ausdehnend zu interpretiren. v. Sarwey S. 439 und ebenso das Reichsgericht Bd. 2 S. 178—182 wollen die Vorschrift auch prinzipiell als richtig und als für die K.O. konsequent rechtfertigen, weil für die Ansprüche der Gläubiger die zur Zeit der K.Eröffnung vorhandene thatsächliche Lage ohne Rücksicht auf spätere Aenderungen entscheide. Dies ist jedoch unbedingt nur für das Bestehen einer Forderung richtig, vgl. Anm. III zu § 2 S. 65; hinsichtlich der Höhe der Forderungen dagegen nicht in Betreff der Auszahlung bez. der Beseitigung der Forderung durch anderweite spätere Erledigung, wie die Behandlung der bedingten und der zugleich absonderungsberechtigten Forderungen ergiebt. — Haftet dem Gläubiger außerdem noch ein Pfand eines der Schuldner, so kommt für das K.Verfahren über dessen Vermögen (nicht für den Konkurs eines anderen Mitschuldners) der § 57 neben § 61 zur Anwendung. — Vgl. zur Anwendung des § 61 Anm. 3 zu § 201.

2) Im E. I. § 70 war als fernere Voraussetzung gemäß der französischen Gesetzgebung aufgenommen, daß über alle neben einander Verpflichteten der Konkurs ausgebrochen ist. Mit dem letzten K.Ausbruch sollte das Ausnahmerecht erst begründet sein. Mot. v. 1873 S. 375. Im Entw. v. 1875 § 61 wurde dies dahin geändert, daß nicht blos über das Vermögen Eines, sondern mehrerer Verpflichteten, wenngleich nicht über alle, Konkurs eröffnet sein mußte. Das Ausnahmerecht des Gläubigers sollte mit dem ferneren K.Ausbruch eintreten. (So auch P. § 87.) Mot. 288, 289. Von der R.K. ist dann § 61 dahin geändert, daß es nur Voraussetzung ist, daß außer dem G.Schuldner noch ein Anderer verpflichtet ist und der Konkurs über das Vermögen „mehrerer, oder eines von mehreren" neben einander Verpflichteten eröffnet ist. Prot. 55—58, 131. In jedem Konkurse ist im Sinne des § 61 die Forderung, wie sie zur Zeit der K.-Eröffnung und zwar als eine damals mehreren solidarisch Verpflichteten obliegende Schuld bestand (Anm. 1, 4), geltend zu machen. In jedem Konkurse bleibt der Gläubiger berechtigt, in dieser Höhe an Vertheilungen und Akkorden (bis zur vollen Befriedigung) Theil zu nehmen, ohne daß Zahlungen, welche nach der K.Eröffnung aus anderen K.Massen oder von einem anderen Mitschuldner erfolgen, auf das Theilnahmerecht einen Einfluß haben und von der K.Forderung abzurechnen sind. Vgl. Mot. 288, 289.

3) Eine Vorsorge, daß der Gläubiger mit Hülfe dieses Ausnahmerechts nicht mehr erhält, als ihm gebührt, ist als unnöthig nicht getroffen. „Die civilrechtlichen Folgen sollen bestehen bleiben, sofern der Gläubiger wider besseres Wissen mehr erhebt. Sonst mögen die K.Verwalter ihre Rechte wahrnehmen." „Verbleibt in den Händen des befriedigten Gläubigers oder in einer Masse ein Ueberschuß, so tritt unter den Massen der Rückgriff ein nach dem unter den Solidarschuldnern bestehenden Rechtsverhältniß. Derselbe Rückgriff findet statt einer Masse gegenüber, zu welcher der Gläubiger sich nicht gemeldet hat". Mot. 289. Ueber die Verfolgung von Ansprüchen wegen Zuvielerhebung gegen einen Gläubiger vgl. Anm. 2 zu § 150. Der Rückgriff für die eine Masse gegen

eine andere ist ein unbedingter Anspruch, wenn aus jener schon über den dem Rechtsverhältnisse entsprechenden Antheil hinaus gezahlt ist; ein bedingter, wenn die Zuvielzahlung nur erst in der Aussicht oder in der Möglichkeit liegt. Der Anspruch ist weder (gegen v. Völderndorff I. S. 586) allemal eine Konkursforderung, noch (gegen Petersen S. 288) stets ein Masseanspruch wegen rechtloser Bereicherung. Ob das Eine oder das Andere der Fall, ist ebenso wie die Vorfrage, ob überhaupt ein Rückgriff begründet ist, nach dem bestehenden Rechtsverhältnisse zu beurtheilen. Sind z. B. zwei K.Massen in Frage, deren G.Schuldner jeder besonders (A.L.R. I. 14 §§ 378, 379; nicht gemeinschaftlich I. 14 § 374; I. 5 §§ 424 ff., 443 ff., 445) die Bürgschaft für eine Verbindlichkeit übernommen haben, so ist überhaupt kein Rückgriff statthaft. Werden vom Inhaber eines Wechsels die K.Massen eines Indossanten und des Acceptanten in Anspruch genommen, so kann für die K.Masse des Indossanten das daraus Gezahlte gegen die Masse des Acceptanten beansprucht werden, indeß nur als Konkursforderung, wie der Indossant selbst, wenn über sein Vermögen nicht Konkurs eröffnet wäre, auch nur als K.Gläubiger liquidiren könnte. Dadurch, daß er in Konkurs verfiel, erhält er für seine K.Masse nicht mehr Rechte; eine rechtlose Bereicherung würde nur auf seiner Seite vorliegen, wenn ihm bez. seiner Masse mehr zugebilligt würde, als die K.Dividende. Liegt dem Rechtsverhältnisse ein Vertrag zu Grunde, welchen ein Verwalter nach § 15 erfüllen will, so daß zur Erfüllung die Voll- oder Theilzahlung einer aus einer anderen Masse bezahlten Forderung gehört, so besteht ein Masseanspruch, § 52 Nr. 2.

Das „Geltendmachen" umfaßt die gesammte Betheiligung als K.Gläubiger, die Anmeldung, Feststellung, und die Theilnahme an Vertheilungen und Akkorden. Aus der Vorschrift folgt jedoch, daß der Feststellung, wenngleich sie in Höhe des vollen Betrages in jedem Konkurse auszusprechen ist, die namentlich für Vertheilungen zu berücksichtigende und aufmerksam machende Beschränkung beigefügt werden kann, daß die Feststellung vorbehaltlich der von allen Verpflichteten nur bis zur vollen Befriedigung zu leistenden Zahlung erfolge.

4) Der Gläubiger kann in jedem Konkurse nur liquidiren, was er zur Zeit der K.Eröffnung vom G.Schuldner des Verfahrens zu fordern hatte. Sofern der Gläubiger also damals auf eine Wechselforderung schon vom Acceptanten bez. von Anderen z. B. Domiziliaten zur Tilgung der Masseschuld Zahlungen erhalten hatte, kann er nur den Rest fordern. Hat er von Verpflichteten Zahlungen erhalten, welche der G.Schuldner für sich nicht geltend machen kann (vgl. Borchardt zu W.O. Art. 82) so braucht der Gläubiger diesen Betrag sich auch im Konkurse nicht abrechnen zu lassen, weil dadurch seine dem G.Schuldner gegenüber bestehende Forderung nicht gemindert wird. R.O.H. 7, 120; 8, 387; 9, 41. Der § 61 findet aber immer nur Anwendung, soweit für die Forderung zur Zeit der K.Eröffnung noch mehrere solidarisch Verpflichtete haften. Anm. 1. Wenn neben dem G.Schuldner (etwa dem Aussteller des Wechsels) nur noch der Acceptant haftet, so würde in Betreff des vom Acceptanten schon früher bezahlten Betrages diese Voraussetzung nicht zutreffen. — Dagegen mindern die nach der K.Eröffnung erfolgenden Zahlungen Anderer (auch des Acceptanten), nicht die im Konkurse bei Vertheilungen und Akkorden zu berechnende Höhe, sondern haben nur einen Einfluß auf die Berechnung der „vollen Befriedigung". Mot. 288. Vgl. Entsch. 43, 447; 44, 304.

§ 62.

Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind,[1] oder deren Geldbetrag unbestimmt oder ungewiß[2] oder nicht in Reichswährung

festgesetzt ist,[3] sind nach ihrem Schätzungswerthe[4] in Reichswährung geltend zu machen.[5]

E. I. 71. P. 15. 62.

1) In Folge der Ausführung des K.Zwecks und der darnach in Geld erfolgenden Vertheilung muß jeder persönliche Gläubiger, welcher an der Masse Theil nehmen will, seine Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag richten. „Jede Forderung, deren Gegenstand in einer Leistung, Handlung oder Unterlassung, Hergabe von individuellen Sachen, von fungiblen oder nicht fungiblen besteht, verwandelt sich — für und gegen den Gläubiger durch die K.Eröffnung in eine Geldforderung." Dieser Grundsatz, welcher auch den früheren K.Gesetzgebungen stillschweigend zu Grunde liegt (vgl. P. § 15; R.O.H. 7, 345), ist ausdrücklich aufgestellt als einer der wichtigsten Sätze, auf welchem das ganze Verfahren und die Betheiligung der Gläubiger an diesem beruht. Mot. 290.

2) Zu den Forderungen unbestimmten Geldbetrages gehören namentlich die Schadens- und Interesse-Ansprüche, für welche im Prozeßverfahren nach C.P.O. § 260 freie richterliche Würdigung für die Vorfrage der Entstehung eines Schadens, sowie für die Höhe eintritt; ferner Forderungen, deren Anfangs- oder Endtermine durch ein der Zeit nach unbestimmtes Ereigniß bestimmt wird (vgl. Anm. 1, 5 zu § 58 Todesfall); desgleichen wiederkehrende Hebungen von unbestimmter Zeitdauer oder unbestimmtem Betrage. Hierhin gehört auch die Entschädigung für ein auf Lebenszeit bestimmtes Gehalt; desgleichen die Leibrente. Preuß. A.L.R. I. 11 §§ 606 ff. Vgl. Anm. 2 zu § 25. Wegen der Veräußerung des Rechts auf wiederkehrende Bezüge vgl. Anm. 2 zu § 122. Im § 63 ist nur für solche Hebungen Bestimmung getroffen, für welche Betrag und Zeitdauer bestimmt ist.

3) Die Anmeldung muß stets in Reichsgoldwährung mit der Rechnungseinheit der Reichsmark erfolgen, also nach dem Münzgesetze v. 9. Juli 1873 Art. 1, 14, R.G.B. S. 233; vgl. R.O.H. 23, 205 und Ges. v. 4. Dezbr. 1871, R.G.B. S. 404. Die Liquidirung von Forderungen in ausländischer Währung ist unzuläßig. Auch für Werthpapiere und dergl. ist der Geldbetrag, welcher gefordert wird, anzugeben.

4) Für alle im § 62 bezeichneten Klassen von Forderungen, insbesondere also auch für die in Anm. 2 erwähnten, ist vorausgesetzt, daß sie Konkursforderungen sind, daß also die für spätere Zeit zu berechnende Forderung nicht erst in späterer Zeit mit dem einzelnen Termine oder mit dem erlebten Momente entsteht, sondern als Forderung schon vor der K.Eröffnung begründet ist, § 2. Vgl. Anm. 1 zu § 63.

Für die Berechnung des Schätzungswerths ist die Zeit der K.Eröffnung mit Rücksicht auf die für das gesammte K.Recht maßgebenden Grundsätze (Anm. zu §§ 1, 2) zu Grunde zu legen. Prot. 58. Andererseits ist auch die etwaige spätere Leistungszeit derartig zu berücksichtigen, daß zu schätzen ist, welchen Werth eine zu erwartende Leistung im Zeitpunkte der K.Eröffnung hatte. (Beispiel § 16 Abs. 2.) Insoweit für die Schätzung die Verschuldung des Kridars von Einfluß ist (vgl. preuß. A.L.R. I. 5 §§ 285 ff.), wird in der Regel davon auszugehen sein, daß dem G.Schuldner grobes Versehen zur Last fällt. Dernburg II. § 122 Nr. 1. Indeß sind die konkreten Umstände mitbestimmend. Der Schätzungswerth ist für die gesammte Betheiligung des Gläubigers, namentlich auch hinsichtlich des Akkordes und der Vertheilung maßgebend. Er hat aber nur für das K.-Verfahren Bedeutung, nicht für den gegen den G.Schuldner geltend zu machenden Anspruch, soweit sich Letzterer nicht gemäß §§ 129 Abs. 2, 152, 179, 192 gebunden hat.

5) Sache des Gläubigers ist es, in seiner Anmeldung den Schätzungswerth anzugeben, welchen er beansprucht; und des Verwalters bez. der K.Gläubiger, bei der Prüfung anzugeben, in welcher Höhe sie ihn anerkennen wollen. Nöthigenfalls ist im Prozeßwege, und zwar im Verfahren behufs Feststellung streitiger Ansprüche (§ 134) die

zuzulassende Höhe festzustellen. Die Schätzung wird allseitig (auch seitens des Prozeßrichters) unsicher gegriffen werden. Vgl. Dernburg II. § 122 Anm. 11.

§ 63.

Wiederkehrende Hebungen zu einem bestimmten Betrage und von einer bestimmten Zeitdauer[1] werden unter Abrechnung der Zwischenzinsen (§ 58)[2] durch Zusammenzählung der einzelnen Hebungen kapitalisirt. Der Gesammtbetrag darf den zum gesetzlichen Zinssatze[3] kapitalisirten Betrag derselben nicht übersteigen.

E. I. 72. P. 62. 85. 251. 278. 398.

1) „Vorausgesetzt wird, daß das Recht auf den Bezug der fortlaufenden Hebungen schon vor der K.Eröffnung begründet, daß es nicht erst jedesmal mit den einzelnen Terminen und Raten zur Entstehung gelangt, daß es vielmehr in seiner Gesammtheit schon jetzt entstanden ist. Dann besteht die K.Forderung aus dem jetzigen Werth der Gesammtheit aller künftigen Hebungen, aus dem unter Anschlag der Zwischenzeiten und der andern Thatumstände festzustellenden Kapitalbetrage. Die Forderung ist nicht mit einer bedingten zu verwechseln. Und darum muß sie nicht blos zur Sicherstellung zugelassen werden, sondern nach dem Kapitalswerthe zur Theilnahme, wie an allen Beschlußfassungen, namentlich an einem Akkorde, so an allen Vertheilungen." Mot. 292, 355. Zu den wiederkehrenden Hebungen in diesem Sinne ist vor Allem das auf testamentarischer oder vertragsmäßiger Bestimmung beruhende Recht auf Bezüge zu rechnen. Dagegen gehört das durch Dienste oder andere Gegenleistungen bedingte und erst mit deren Gewährung begründete Recht auf Emolumente nicht hierher. Wegen Hebungen unbestimmten Betrags oder unbestimmter Zeitdauer, Leibrente, lebenslänglicher Bezüge vgl. Anm. 2 zu § 62. Vgl. auch Anm. 4, 5 zu § 62 und in Betreff der Veräußerung eines Rechts auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte s. § 122 Nr. 1.

2) Von jeder künftigen Hebung ist das Interusurium nach § 58 mit Bezug auf die Hebungszeit abzurechnen; die sämmtlichen dann ermittelten Beträge sind zu addiren.

3) Anm. 4 zu § 58.

Zweites Buch.

Konkursverfahren.

1) Die Verwirklichung des K.Anspruchs der Gläubiger macht an sich und begriffsmäßig die Thätigkeit des Gerichts oder einer anderen Behörde nicht weiter nöthig, als die Verwirklichung eines anderen Civilanspruchs einer Partei an die andere. Begrifflich nöthig ist nur die Entscheidung des Gerichts über Streitfragen, und die Feststellung des Gerichts behufs der Ergänzung und Erzwingung des Willens des Schuldners zur Leistung und Gestattung dessen, wozu er verpflichtet ist. Ebenso wie ein Schuldner freiwillig seine Verpflichtungen erfüllen kann, ist es an sich denkbar, daß ein G.Schuldner sein abpfändbares Vermögen seinen Gläubigern zur gemeinsamen Befriedigung überläßt, daß die Realisation und Vertheilung ohne Intervention des Gerichts erfolgt; und daß das Gericht nur für Streit- oder Weigerungsfälle angerufen zu werden braucht. Gründe der Zweckmäßigkeit haben

dazu geführt, die Verwerthung des Vermögens einem Dritten als „Verwalter" zu übertragen, welcher an Stelle der Betheiligten veranlassen muß, was die Gläubiger verlangen können und der Schuldner gewähren soll, und welcher deshalb seit alten Zeiten als Axiom für das K.Verfahren gilt. Gleichermaßen hat die Zweckmäßigkeit veranlaßt, die Auseinandersetzung der Gläubiger des G.Schuldners und des Verwalters unter die Kontrolle des Gerichts in allen Fällen und über die Anrufung des Gerichts seitens der Betheiligten hinaus zu stellen. Die in den meisten Fällen große Zahl der Gläubiger, die verschiedenartigen Ansprüche, die Kollisionen der Ansprüche und der Ansichten, die Rücksicht auf die theils rechtlich nöthige, theils billige Sicherung des G.Schuldners gegen die allseitigen Angriffe und die Rücksicht auf betheiligte Gläubiger, welche wegen Abwesenheit oder aus persönlichen oder anderen Gründen ihre Rechte nicht gleich kräftig wahrnehmen könnten, ließen eine Liquidation unter gerichtlicher Aufsicht nothwendig erscheinen. Damit ist das K.Verfahren dem Gebiete der Zweckmäßigkeits-Organisation unterworfen, auf welchem die meisten Fragen füglich nach den verschiedensten Richtungen hin beantwortet werden können, und die Lösung weniger von den Gesetzen, als von den entscheidenden Persönlichkeiten abhängt. Auch unter gerichtlicher Aufsicht könnte an sich eine Auseinandersetzung erfolgen, ohne daß das Gericht selbst über die Zweckmäßigkeit der Einzelfragen zu entscheiden hätte, indem nur nach gesetzlichen Regeln zu bestimmen wäre, in welchem Verhältnisse und unter welchen Bedingungen die Betheiligten über ihre Interessen beschließen können; wie dies auch bei Erbauseinandersetzungen als selbstverständlich gilt. Das Resultat wird um so weniger sicher und um so weniger für die Betheiligten selbst befriedigend, je mehr das Gericht selbst nicht nur über die Rechte, sondern auch über die ihm meist fremdliegenden Interessen entscheiden soll. Die Entwickelung des K.Verfahrens in Deutschland führte jedoch theils durch die Häufung und Verwickelung von Vorrechten, theils durch die politisch und sozial unsicheren Zustände in und nach dem dreißigjährigen Kriege, welchen der gemeinrechtliche Konkurs größtentheils seine Ausbildung verdankte, zur absoluten Offizialthätigkeit des Gerichts. Auf Grund der durch jene Umstände hervorgerufenen Nothwendigkeit verwaltete im Wesentlichen das Gericht selbst in dem, bereits in der Einl. § 1 näher charakterisirten, durch die Präklusion späterer Meldungen und durch Lokations- und Distributions-Erkenntnisse formalistisch gebundenen Verfahren. Durch die in den neueren Gesetzgebungen und nun auch in der K.O. erfolgte massenhafte Beseitigung von Vorrechten und durch die Ausscheidung der sog. Vindikanten und Absonderungsberechtigten ist es gelungen, den Boden für ein einfacheres und schnelleres Verfahren sowohl zur Feststellung der Ansprüche der Gläubiger als zur Verwerthung und Vertheilung der Masse zu ebnen. Die Zeitrichtung führt zu dem im römischen K.Verfahren zu Grunde liegenden Wege zurück, der Selbstthätigkeit der Betheiligten die Regelung ihrer Verhältnisse zu überlassen. Die Offizialthätigkeit des Gerichts, welche in Deutschland früher nothwendig war, wurde schon seit lange nur als nothwendiges Uebel empfunden und ertragen; die neuere Zeit neigt sich immer mehr dazu, sie nur als Uebel und nicht mehr als nothwendig anzusehen.

Die K.O. hat im Gegensatze zu den meisten deutschen K.Gesetzgebungen der Selbstthätigkeit der Betheiligten einen bedeutend größeren Einfluß gegönnt und die Mot. proklamiren die Selbstverwaltung als Prinzip. Indeß von der früheren Gewöhnung sind noch erhebliche Reste richterlicher Leitung und Kontrolle übrig geblieben. Die günstigen Erfahrungen aus Ländern, welche eine solche Kontrolle bei der Verwaltung und Verwerthung der Masse wie bei der Feststellung der Forderungen nicht kennen (England, Hamburg), haben nicht vermocht, sie auf das Maß der Entscheidung über verletzte Rechte zurückzuführen. In den Mot. spiegelt sich das Schwanken zwischen dem Prinzip und den Abweichungen ebenso ab. Während für die Regel der Grundsatz begründet wird, daß durch den Beschluß der Majorität der Gläubiger auch die Minorität gebunden sei,

und daß die abwesenden Gläubiger selbst für ihre Interessen sorgen müßten, dies auch in der Regel durch Agenten thäten, wird doch wieder ein Schutz der Minorität und der Abwesenden durch Entscheidungen des Gerichts über die Interessen der Gläubiger nöthig gefunden. Das K.Verfahren der K.O. ist eine Mischung von Systemen: Selbstverwaltung „gemäßigt" durch Gerichtskontrolle; namentlich Feststellung der Ansprüche nach den beim Gerichte abzugebenden Erklärungen der Gläubiger und des Verwalters durch gerichtliche Beurkundung; Verwaltung und Verwerthung der Masse durch den vom Gerichte ernannten Verwalter unter Aufsicht des Gerichts und unter Beistand der Gläubiger, deren Beschlüssen indeß das Gericht auf das Anrufen jedes überstimmten Gläubigers oder des Verwalters ein Veto entgegensetzen darf. Die Mot. betonen, daß das Gericht von solchen Beschränkungen „der freieren und selbstständigeren Bewegung des Verwalters und der Gläubiger" nur in eklatanten Ausnahmefällen Gebrauch machen solle. Das Gesetz selbst drückt jedoch dergleichen nicht aus und stellt die Vorschriften auf, ohne eine Beschränkung zu bestimmen, daß sie in einzelnen Fällen nicht anwendbar werden sollen. Der Praxis wird es überlassen bleiben, in wahrscheinlich sehr verschiedenen Lösungen zu zeigen, welche Aufsicht nöthig gehalten wird, und in welcher Weise die Interessen der Gläubiger von den K.Gerichten verstanden werden. Vgl. Einl. § 3. Das Verhältniß der verschiedenen Vorschriften zu einander ist bei den einzelnen Bestimmungen näher zu erörtern.

2) Der gewöhnliche Gang des K.Verfahrens ist nach der K.O. folgender:

Der G.Schuldner oder ein K.Gläubiger beantragt die K.Eröffnung beim K.Gerichte. Das Gericht, welches schon vor dem Beschlusse Sicherheitsmaßregeln anordnen kann, bestimmt die Eröffnung des K.Verfahrens nach den etwa nöthigen Ermittelungen durch einen Beschluß (§§ 94 — 101), ernennt bei der Eröffnung einen Verwalter, verordnet einen Termin zur Beschließung der Gläubiger über die Bestellung eines „Gläubigerausschusses" und über die Wahl eines andern Verwalters, sowie einen Termin zur Prüfung der K.Forderungen, und bestimmt die Frist zur Anmeldung der K.Gläubiger, §§ 102 ff. Die K.Gläubiger, welche als solche berücksichtigt sein wollen, haben ihre Forderungen beim Gerichte anzumelden, und wenn sie vom Verwalter oder von einem Gläubiger bestritten werden, im ordentlichen Prozeßverfahren zur Feststellung zu bringen, §§ 126 bis 136. Der Verwalter hat die Ermittelung, Sicherung und Verwerthung der Aktivmasse zu betreiben, und ist nur den K.Gläubigern gegenüber in einzelnen Fällen an die Genehmigung des Gläubigerausschusses bez. der Gläubigerversammlung gebunden, §§ 107 — 125. Er hat eine Vertheilung, so oft dazu Masse vorhanden ist, zu veranlassen, muß hierzu vorher die verfügbare Summe und die Gesammtsumme der betheiligten Forderungen öffentlich bekannt machen, und ein Verzeichniß der letzteren beim Gerichte niederlegen, welches über etwaige Einwendungen zu entscheiden hat; sodann bez. unter Zuziehung des Gläubigerausschusses den Prozentsatz für die Vertheilung bestimmen, sowie die Vertheilung ausführen. Zur Abnahme der Schlußrechnung des Verwalters seitens der K.Gläubiger und des G.Schuldners bestimmt das Gericht einen Schlußtermin, §§ 137—159. Der G.Schuldner kann unter bestimmten Bedingungen einen Akkord beantragen, über welchen die Gläubiger durch Mehrheit in einem vom Gerichte zu bestimmenden Termine beschließen, vorbehaltlich der nothwendigen Bestätigung des Gerichts, §§ 160—187. Er kann auch die Einstellung des Verfahrens beantragen, wenn er die Zustimmung aller Gläubiger beibringt. Ebenso kann das Gericht die Einstellung anordnen, wenn eine den Kosten nicht entsprechende Masse vorhanden ist, §§ 188 — 192. Für Konkurse über Aktiengesellschaften, eingetragene Genossenschaften, offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, über einen Nachlaß und über inländisches Vermögen eines Ausländers sind einzelne besondere Bestimmungen getroffen, §§ 193 — 208.

3) Von dem im zweiten Buche behandelten „Konkursverfahren" und von dem dasselbe leitenden Konkursgerichte, welches allemal das Amtsgericht des allgemeinen Gerichtsstandes des G.Schuldners sein soll, sind das Verfahren in Prozessen, welche der Konkurs veranlaßt, und das über diese entscheidende Prozeßgericht zu unterscheiden. Die K.O. will nicht „auf Grund der s. g. vis attractiva des Konkurses nach gemeinrechtlichem Vorbilde dem K.Gerichte die Entscheidung aller, zu dem Verfahren in irgend einer Beziehung stehenden Streitsachen übertragen"; Mot. 294. Demgemäß sind die Rechtsstreitigkeiten, welche zwischen dem K.Verwalter als Vertreter des G.Schuldners und dritten außerhalb des Konkurses stehenden Personen entstehen, vor dem nach Lage der Sache zuständigen Prozeßgerichte im gewöhnlichen Civilprozeßverfahren zu entscheiden. Der Verwalter kann gegen Dritte, von welchen er Gegenstände als zur Aktivmasse gehörig in Anspruch nimmt bez. gegen welche er Rechtshandlungen anfechten will, ebenso gegen Aus-, Absonderungs-, Aufrechnungs- und Masse-Anspruchs-Prätendenten nur in ihrem allgemeinen Gerichtsstande (C.P.O. §§ 12—20) oder in einem etwa begründeten besonderen Gerichtsstande (C.P.O. §§ 21—34, vgl. § 35) klagbar werden. Andererseits haben Dritte gegen den Verwalter als den Vertreter des G.Schuldners bei demjenigen Prozeßgericht, bei welchem der G.Schuldner, wenn er selbst verklagt wäre, Recht zu nehmen hätte, ihre Klagen anzustrengen. Sie können aber nicht nur in dessen allgemeinen Gerichtsstande, sondern auch in einem etwa begründeten besonderen Gerichtsstande klagen. Beide Theile müssen dabei die Vorschriften über den ausschließlichen Gerichtsstand (forum rei sitae C.P.O. § 25, desgleichen C.P.O. §§ 629, 707, 547, 839) und die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Amts- und Landgerichte (C.P.O. §§ 1—11, G.V. §§ 23, 24, 70) beobachten. Die Entscheidung der Prozesse über die Feststellung der K.Forderungen fällt ebenfalls außerhalb des „K.Verfahrens." Sie erfolgt im ordentlichen C.P.O.Verfahren; der Konkurs hat nur auf die Zuständigkeit den Einfluß, daß nach § 134 dasselbe Amtsgericht, welches K.Gericht ist, und wenn der Streitgegenstand nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, das Landgericht dieses Amtsgerichtsbezirks für solche Prozesse ausschließlich zuständig erklärt ist. In allen Fällen, sowohl für die Feststellung von K.Forderungen, als für die Rechtsstreitigkeiten mit Dritten, gilt der Grundsatz: Auch dann, wenn Rechtsstreitigkeiten vor demselben Amtsgerichte, welches zugleich K.Gericht ist, anhängig sind, entscheidet und verfährt dasselbe darin als Prozeßgericht lediglich nach den Vorschriften der C.P.O. und nicht als K.Gericht nach der K.O.

Dem Konkursgerichte gebührt nur die administrative Leitung gemäß der K.O. und die Entscheidung über die ihm in der K.O. zugewiesenen Fragen. Sofern ein K.-Gläubiger, der Verwalter, der G.Schuldner oder ein Anderer das K.Gericht um die Entscheidung einer anderen Frage angehen wollte, würde dasselbe nur auf die Entscheidung im ordentlichen Prozeßwege verweisen können. Die administrative Thätigkeit des Gerichts will die K.O. auf ein möglichst geringes Maß zurückführen. Nicht das Gericht soll verwalten, sondern der K.Verwalter unter Zuziehung eines Gläubigerausschusses bez. wenn ein solcher nicht gewählt wird, der Gläubigerversammlung. Das K.Gericht soll keine direkte Theilnahme an der Verwaltung haben, sondern hinsichtlich der Verwaltung auf die Ernennung des Verwalters, §§ 70 ff., 102, die Anordnung von Sicherheitsmaßregeln, §§ 92, 93, 98, auf die Bestimmung der Termine und Fristen, §§ 102 ff. und auf die formelle Leitung der Gläubigerversammlungen, §§ 86 ff., beschränkt sein. Eine sachliche Entscheidung ist dem K.Gericht ferner übertragen über die im Laufe des Verfahrens entstandenen Streitigkeiten, „die wegen ihres Einflusses auf den Fortgang der Sache mittelbar das Interesse aller berühren und auf den Weg des förmlichen Prozesses nicht verwiesen werden dürfen", so die Entscheidung über die Stimmberechtigung nicht festgestellter, bedingter oder Absonderungs-Ausfall-Forderungen, §§ 87, 88, die

Zurückweisung eines Vergleichsvorschlags, § 163; sodann über Angelegenheiten, „welche das Rechtsverhältniß aller K.Gläubiger zum G.Schuldner oder Verwalter zum Gegenstande haben, also unmittelbar das Gesammtverfahren betreffen", so über die Disziplinarbestrafung oder Entlassung des Verwalters, § 76, Festsetzung eines streitigen Honorars für Mitglieder des Gläubigerausschusses, § 83, vorläufige Untersagung von Verwaltungshandlungen, §§ 123, 148, Vornahme der Schlußvertheilung, § 149, über Eröffnung und Aufhebung oder Einstellung des Konkurses, §§ 94 ff., 151, 188 ff., über Einwendungen bei Vertheilungen, §§ 146, 150 und über Bestätigung eines Zwangsvergleichs, §§ 170 ff. Zu beachten ist dabei, daß unter dem Ausdrucke: „Gericht" in der K.O. stets das K.Gericht verstanden ist. Im E. I. § 74 sollte dies ausdrücklich gesagt werden; diese Bestimmung ist indeß als selbstverständlich nicht aufgenommen.

Gegen alle gerichtsseitige Anordnungen, soweit nicht ausdrückliche Ausnahmen gemacht sind, ist durch das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde die Anrufung einer höheren Instanz zulässig. Vgl. Anm. zu § 66. Die Gerichtsferien sind für das K.Verfahren selbst ohne Einfluß. Der Konkurs hat keine Ferien. Dagegen sind sie für die durch den Konkurs veranlaßten Prozesse zu beachten. Ger.-Verf. §§ 204, 201--203. Insbesondere behalten auch in den Prozessen über die Feststellung streitiger K.Forderungen (§ 134) die Ferien ihre Bedeutung, da sie nach G.V. § 204 nur auf das „K.Verfahren" ohne Einfluß sind, die Prozesse dagegen außerhalb des K.Verfahrens verhandelt werden. Sollten sie besonderer Beschleunigung in den Ferien bedürfen, so ist nach G.V. § 202 Abs. 3 ihre Behandlung als Feriensache „auf Antrag" zu veranlassen. Petersen S. 295; Stieglitz S. 416. A.M. v. Völdernndorff II. S. 10; Wengler S. 418, 419.

4) Das K.Verfahren ist für alle Konkurse dasselbe, ohne Rücksicht auf den kaufmännischen oder anderen Stand des G.Schuldners, auf geringeren oder größeren Umfang der Masse, oder auf den Grad der Verwickelung der Sache. Es giebt auch kein abgekürztes K.Verfahren. Im E. I. §§ 213—215 war (wie in P. §§ 297 ff.) ein abgekürztes Verfahren in Aussicht genommen, welches vom Gerichte beschlossen werden könnte, wenn die K.Masse oder der Kreis der K.Gläubiger von geringem Umfange sei. Die Abkürzungen sollten namentlich darin bestehen, daß der Wahltermin mit dem Prüfungstermine verbunden, der Termin binnen 4 bis 6 Wochen angesetzt werden, die Anmeldungen 10 Tage vor dem Termine erfolgen sollten; daß im Termine über einen Zwangsvergleich beschlossen werden könnte, wenn der Vorschlag dem Gerichte zwei Wochen vorher eingereicht sei, daß die Vornahme von Abschlagsvertheilungen und die (sonst nach dem E. I. obligatorische) Wahl eines Gläubigerausschusses unterbleiben könne und wenn die letztere unterbleibe, die Gläubigerversammlung über die, im E. I. dem Ausschusse sonst übertragenen, in den §§ 120, 122 erwähnten Maßregeln zu beschließen habe. Die Vork. hat die Zulassung eines besonderen abgekürzten Verfahrens beseitigt und statt dessen für alle Konkurse die Zulässigkeit dieser Abkürzungen aufgenommen, so daß in jedem Konkurse jede der Abkürzungsformen, indeß je nach den Umständen auch die eine unabhängig von der anderen, bestimmt werden kann. Dabei ist für die Fristen und Termine (vgl. §§ 102, 126, 166, 167) Spielraum gelassen und dem Verfahren dadurch eine solche Elastizität gegeben, daß die möglichste Abkürzung erzielt werden kann, ohne eine besondere summarische Art des Verfahrens einzuführen.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

Die vorausgeschickten allgemeinen Bestimmungen betreffen die Organe des Verfahrens. Die §§ 64—69 stellen die Zuständigkeit des K.Gerichts und Regeln über das gerichtliche Verfahren fest; die §§ 70—78 die Bestellung und Stellung des K.Verwalters. Ferner sind die Organe der Gläubiger: der Gläubigerausschuß in den §§ 79—84, und die Gläubigerversammlung in den §§ 85—91 behandelt; sowie die Stellung des G.Schuldners in den §§ 92, 93.

§ 64.

Für das Konkursverfahren[1] ist das Amtsgericht[2] ausschließlich[3] zuständig, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.[4]

Sind mehrere Gerichte zuständig, so schließt dasjenige, bei welchem zuerst die Erfüllung des Verfahrens beantragt worden ist, die übrigen aus.[5]

E. I. 73. 74. P. 115. 127. 320.

1) I. Zuständigkeit und Verfahren, §§ 64—69. Ueber die Unterscheidung des K.Verfahrens und des K.Gerichts von dem Verfahren in entstehenden Prozessen bez. vom Prozeßgerichte vgl. vorsteh. Vorbem. 3 vor § 64.

2) Der Einzelrichter des Amtsgerichts (G.V. § 22) ist als K.Gericht bestimmt zur Vermeidung der Schwerfälligkeit und der unnöthigen Kraftverwendung eines Kollegialgerichts, zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens, soweit eine konkursgerichtliche Thätigkeit dabei nöthig ist, und zur besseren Benutzbarkeit der Erfahrungen des den Gerichtseingesessenen näher stehenden Amtsrichters. Die Uebertragung des K.Verfahrens an Handelsgerichte, welche nur als kollegiale Abtheilungen des Landgerichts: „Civilkammern für Handelssachen" bestehen sollen (G.V. §§ 100—118) ist verworfen theils aus den allgemeinen, den Handelsgerichten bez. den Kollegialgerichten entgegengesetzten Gründen, theils um nicht einen Unterschied zwischen kaufmännischen und nicht kaufmännischen Konkursen zu schaffen und um Kompetenzkonflikte zu beseitigen. Mot. 294—297. Der Amtsrichter hat zu allen Verhandlungen den Gerichtsschreiber zuzuziehen, C.P.O. § 151. Er hat die Befugnisse des Gerichtsvorsitzenden gemäß C.P.O. §§ 127, 130 und G.V. §§ 177 ff.

Nach §§ 37—40, 41, 43—48 preuß. Ausf.-Ges. vom 6. März 1879 sind auch die vor dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkurse auf die Amtsgerichte übergegangen, unter näheren Bestimmungen über die Kompetenzverhältnisse, insbesondere hinsichtlich der durch diese Konkurse veranlaßten Streitigkeiten. Vgl. v. Wilmowski Ausf.-Ges. zur K.O. Anm. zu §§ 37—48.

3) In Folge der „ausschließlichen" Zuständigkeit ist eine freiwillige Vereinbarung, wenngleich selbst aller K.Gläubiger und des G.Schuldners, als gegen eine Anordnung im öffentlichen Interesse unzulässig. Prot. 59. § 65. C.P.O. § 40 Abs. 2.

4) Die Vorschriften über den allgemeinen Gerichtsstand des G.Schuldners enthalten die §§ 13—20 der C.P.O. Derselbe wird in der Regel durch den Wohnsitz bestimmt, C.P.O. §§ 13—17. Hat der G.Schuldner seinen Wohnsitz nur im Auslande, so hat er keinen allgemeinen Gerichtsstand im deutschen Reiche und findet dann unter den besonderen Bestimmungen des § 208 K.O. eine K.Eröffnung im Inlande statt. Hat der G.Schuldner überhaupt keinen Wohnsitz, weder im Inlande, noch im Auslande, so wird

sein allgemeiner Gerichtsstand durch seinen Aufenthaltsort im deutschen Reiche, und wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt, welchen er hatte, bevor er aufhörte, überhaupt einen zu haben, C.P.O. § 18. Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, Korporationen, sowie „derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderer Personenvereine, und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt" (als solcher gilt der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, wenn nicht ein Anderes erhellt); für Gewerkschaften durch den Bezirk, in welchem das Bergwerk liegt. Neben diesem Gerichtsstande ist indeß ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig. C.P.O. § 19. Hiernach bestimmt sich das zuständige K.Gericht für den Konkurs einer Aktiengesellschaft, einer eingetragenen Genossenschaft, offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft u. s. w., §§ 193, 195, 198. Für den Konkurs über einen Nachlaß ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, § 202.

Für den Konkurs über den in einem Konsulargerichtsbezirke wohnenden oder sich aufhaltenden Reichsangehörigen oder Schutzgenossen ist der Konsul an Stelle des Amtsgerichts zuständig. Ges. v. 10. Juli 1879 §§ 1, 12, 14.

Hat der Schuldner, Inländer oder Ausländer, keinen allgemeinen Gerichtsstand im deutschen Reiche, so kann der Konkurs nach § 208 im Bezirke seiner Niederlassung oder seines Guts im deutschen Reiche eröffnet werden, wenn er dergleichen im Sinne des § 208 hat. Die Einschränkung auf Inländer, welche v. Völderndorff III. S. 14, 15 für § 208 behauptet, widerspricht der grundsätzlichen Ausdehnung der Gerichtsbarkeit auf Alle, welche nicht in Folge der Exterritorialität, G.V. §§ 18, 19 ausgenommen sind und dem unterschiedslosen Ausdrucke des § 208. Hat der Schuldner keinen allgemeinen Gerichtsstand im deutschen Reiche, so ist hier außer den Fällen des § 208 kein Gericht vorhanden, welches einen Konkurs über sein Vermögen eröffnen könnte und es verbietet sich dadurch ein solcher im deutschen Reiche. Die analoge Anwendung des § 24 C.P.O., welcher nicht einen allgemeinen, sondern einen besonderen Gerichtsstand bestimmt, steht (gegen v. Völderndorff II. S. 15) in direktem Widerspruch mit § 64 Abs. 1 und hat für eine ausschließliche Zuständigkeit keinen Raum. Die Angriffe auf das etwanige hiesige Vermögen eines solchen Schuldners müssen seinen Gläubigern überlassen bleiben.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt in folgenden Fällen „durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht" (vgl. Anm. 5):

1. wenn das an sich zuständige Gericht im einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;
2. wenn die Zuständigkeit mit Rücksicht auf die Grenzen der Gerichtsbezirke ungewiß ist;
3. wenn verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;
4. wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

Der Beschluß des höheren Gerichts, welcher in diesen Fällen das zuständige Gericht bestimmt, erfordert nicht eine vorgängige mündliche Verhandlung und ist unanfechtbar, C.P.O. § 36 Nr. 1, 2, 5, 6 und § 37. Die Fälle der C.P.O. § 36 Nr. 3, 4 betreffs der Ungewißheit eines dinglichen Gerichtsstandes und eines gemeinschaftlichen für „Streitgenossen" können hier nicht vorkommen, der letztere nicht, weil über das Vermögen eines jeden G.Schuldners ein besonderer Konkurs eröffnet werden muß und über das eines G.Schuldners, welcher mehrere Personen umfaßt, nur dann ein Konkurs zu eröffnen ist, wenn er als Einheit Rechtssubjekt ist und als solches einen allgemeinen Gerichtsstand hat. C.P.O. § 19. Anm. 2 zu § 94.

5) Gesetzlich können mehrere Gerichte zuständig sein:

1. wenn der G.Schuldner mehrere Wohnsitze hat, — alsdann und auch wenn er regelmäßige besondere Sommer- bez. Winterwohnsitze hat, ist das Gericht eines jeden für das ganze Jahr zuständig; ebenso wenn der G.Schuldner im Falle des § 208 mehrere Niederlassungen oder Güter in verschiedenen Bezirken hat;
2. wenn für Gemeinden, Personenvereine u. s. w. neben dem durch C.P.O. § 19 Abs. 1, 2 bestimmten Wohnsitze noch durch Statut oder in anderer Weise nach C.P.O. § 19 Abs. 3 ein anderer allgemeiner Gerichtsstand bestimmt ist.

Wer das K.Verfahren beantragt (G.Schuldner oder K.Gläubiger, § 95), hat unter mehreren zuständigen Gerichten die Wahl, C.P.O. § 35. Entscheidend ist für die Zuständigkeit nach Abs. 2 die Priorität des Antrags, ohne Rücksicht auf die von einem andern Gerichte etwa schon ausgesprochene K.Eröffnung bez. eine Priorität der K.Eröffnung (anders nach P. §§ 115, 320) und ohne Rücksicht auf eine Priorität anderer gerichtlicher Verfügungen, Veräußerungsverbote, § 98 u. s. w. Wie indeß die Vorschrift des Abs. 1 nur für deutsche Gerichte gegeben ist, so setzt auch der anschließende Abs. 2 mehrere zuständige deutsche Gerichte voraus. Ist im Auslande Konkurs eröffnet, so wird dadurch die Eröffnung eines Konkurses im deutschen Reiche nicht ausgeschlossen, v. Sarwey S. 447; abgesehen davon kann in diesem Falle ohne inländische K.Eröffnung nach § 207 Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen stattfinden.

Wenn mehrere Gerichte (etwa auf Anträge Verschiedener) ausdrücklich oder implicite durch Erlassung des Eröffnungsbeschlusses sich für zuständig erklären, so ist nach dem gemäß § 64 Abs. 2 maßgebenden Grundsatze der Prävention zunächst vermittelst des Rechtsmittels der Beschwerde, § 66, Abhülfe zu suchen. Haben sich mehrere Gerichte rechtskräftig für zuständig erklärt, so wird die Zuständigkeit nach C.P.O. § 36 von dem zunächst höheren Gerichte bestimmt. Vgl. Anm. 4. Dies höhere Gericht ist das Landgericht, wenn beide Gerichte zum Bezirke desselben Landgerichts gehören; das Oberlandesgericht, wenn beide nicht demselben Land-, aber demselben Oberlandes-Gerichtsbezirke angehören; und falls sie auch nicht demselben Oberlandes-Gerichtsbezirke angehören, das Reichsgericht; bez. im letzteren Falle statt des Reichsgerichts das nach § 8 E.G. z. G.V. etwa eingerichtete oberste Landesgericht eines Bundesstaates, vorausgesetzt, daß die verschiedenen Oberlandesgerichte diesem Bundesstaate angehören. § 9 E.G. z. G.V.

§ 65.

Die Vorschriften der Civilprozeßordnung finden, soweit nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich Abweichungen ergeben,[1)] auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung.[2)]

E. I. 97. P. 178—180.

1) Ueber die begriffliche Natur des K.Verfahrens als eines Civil-Prozeßverfahrens vgl. Vorbem. 1 II. zu Buch I. Das Verfahren ist indeß immerhin nicht ein Rechtsstreit zwischen zwei Parteien im Sinne des gewöhnlichen Civilprozesses der C.P.O. und wenn aus der allgemeinen begrifflichen Natur die Anwendung der Vorschriften der C.P.O. über das Verfahren im Allgemeinen folgt, so ergeben sich aus der Eigenthümlichkeit des K.Verfahrens Abweichungen, welche theils in der K.O. ausdrücklich angeordnet sind, theils im § 65 dadurch gesetzlich autorisirt sind, daß die Vorschriften der C.P.O. nur entsprechende Anwendung finden. Ausdrückliche Abweichungen sind namentlich in Betreff der öffentlichen Bekanntmachungen und Zustellungen, §§ 68, 69, der Werthsberechnung, §§ 136, 62, 63, bestimmt. Die Verwerthung der Aktivmasse braucht nicht in den Formen der Zwangsvollstreckung zu erfolgen, §§ 107 ff., 121 ff.

Für die Konsulargerichtsbezirke, in welchen die K.O. und die C.P.O. nebst Einf.Ges. (mit den landesgesetzlichen Vorschriften der preußisch-landrechtlichen Gebiete, vgl. Vorb. 3 vor § 15) ebenfalls gelten, sind noch hinsichtlich der Beschwerde (vgl. Anm. 5 zu § 66) und der öffentlichen Bekanntmachungen (vgl. Anm. 1 zu § 68) besondere Vorschriften getroffen. Ges. v. 10. Juli 1879 §§ 18, 19, 44, 45.

2) Die Anwendung soll auch, abgesehen von den ausdrücklich bestimmten Abweichungen, immer nur eine der Natur und dem Zwecke des K.Verfahrens „entsprechende" sein, unterbleibt also, sofern die Anwendung wegen der Eigenart des K.Verfahrens unmöglich oder sachwidrig ist. Die Praxis wird auf dieser Grundlage das Verfahren im Einzelnen auszubauen haben, und die Tragweite der Einschränkung auf das „Entsprechende" feststellen müssen. Durch die Natur des K.Verfahrens und durch das Fehlen eines Rechtsstreits zwischen zwei bestimmten Parteien über ein präzisirtes von ihnen vorzutragendes Rechtsverhältniß ist eine mündliche Verhandlung im Sinne des § 119 C.P.O. ausgeschlossen. Dagegen müssen immerhin im K.Verfahren Verhandlungen (auch mündliche im weiteren Sinne) erfolgen, Protokolle aufgenommen und Entscheidungen erlassen werden. Ueber die entsprechende Anwendbarkeit der C.P.O. hinsichtlich dieser Akte vgl. Anm. zu § 66. Abgesehen davon, sind von den Vorschriften der C.P.O. mit der durch Zweck und Natur des K.Verfahrens gebotenen Einschränkung auf das Entsprechende, außer den schon zu § 64 erwähnten Vorschriften über die Zuständigkeit des Gerichts und über die damit in Verbindung stehende Ablehnung oder Ausschließung des Richters, namentlich anwendbar: die Vorschriften über Prozeßfähigkeit, C.P.O. §§ 50—54, Vertretung, §§ 74—86 (vgl. Anm. 3 zu § 169), Zustellungen, §§ 156 ff., 462, 463 (mit den in K.O. §§ 68, 69 bestimmten Abweichungen), über Ladungen, Termine und Fristen, §§ 191 ff., über Folgen der Versäumnisse und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (im Falle einer Beschwerde) §§ 208 ff., über Beweisaufnahme und Beweismittel, §§ 259 bis 266 und II. Tit. 5—12, über das Rechtsmittel der Beschwerde, §§ 530—540, über Offenbarungseid und Haft, §§ 780—795 und über einstweilige Verfügungen, §§ 814—822.

Außer der C.P.O. finden ferner, da das K.Verfahren zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit im Sinne des § 2 E.G. z. G.V. und des G.V. § 24 gehört (vgl. Einl. § 4), auch die Vorschriften des G.V unmittelbare Anwendung, soweit sie nicht durch ihre Natur davon ausgeschlossen werden. Anwendbar sind daher namentlich die Vorschriften des G.V. über Rechtshülfe, §§ 157—169, Sitzungspolizei, §§ 177—185, Gerichtssprache, §§ 186—193, und Gerichtsferien, § 204 (vgl. Vorbem. 3 vor § 64).

Eine besondere Hervorhebung verdienen die Vorschriften der C.P.O. §§ 208, 209. Bei deren entsprechenden Anwendung hat die Versäumung einer Handlung im K.Verfahren zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Handlung ausgeschlossen wird. Eine Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumniß bedarf es nicht, auch nicht eines gegnerischen Antrags auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils, soweit nicht im Gesetze ein solcher Antrag erfordert wird. Jeder muß sich selbst darum kümmern, welche Rechte und Pflichten er hat, und seine Rechte unaufgefordert wahrnehmen. Nur in einzelnen Fällen können versäumte Handlungen noch nachgeholt werden, wenn bestimmte Entschuldigungsgründe glaubhaft gemacht werden; zur „entsprechenden" Anwendbarkeit für das K.Verfahren gehören hierher nur Fälle nachträglicher Zulassung von Beweismitteln, C.P.O. §§ 322, 339, 367, 398 (vgl. Anm. zu § 67), und nachträglicher Ablehnung eines Richters, C.P.O. § 44 Nr. 4. In diesen Fällen, wie auch sonst, wird die durch einen Vertreter verschuldete Versäumniß als eine unverschuldete nicht angesehen, C.P.O. § 210. Auf Grund von Rechten Minderjähriger oder der ihnen Gleichgestellten findet eine Restitution im Verfahren nicht statt, C.P.O. § 210. Ein Versäumnißurtheil im Sinne der C.P.O. §§ 295 ff. und damit auch der Einspruch gegen

ein solches, §§ 303 ff., fällt im K.Verfahren fort (Anm. 2 zu § 66). Dasselbe kennt überhaupt kein Urtheil im Sinne der C.P.O., weil nicht ein bestimmter Rechtsstreit zwischen bestimmten Parteien zum Austrage gebracht wird. Selbst die noch am meisten analogen Fälle der Einzelstreitigkeiten über die Stimmberechtigung einzelner Gläubiger oder über ihre Einwendungen bei der Vertheilung oder bei Einstellung des Verfahrens berühren in der Regel die Interessen aller Betheiligten. Mot. 298 zu § 66. — Im E. I. waren die §§ 65, 66 nicht enthalten. Dagegen war im E. I. § 97 eine Vorschrift dahin vorgeschlagen, „die Folgen einer Versäumniß können im Gemeinschuldverfahren nicht aufgehoben werden. Einer Androhung derselben bedarf es nicht". Die Vorк. strich diese Bestimmung und fügte die §§ 65, 66 ein. Nach der K.O. können daher die Folgen einer Versäumniß der Nothfrist zur Einlegung einer sofortigen Beschwerde, § 66, durch die außerordentliche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, C.P.O. §§ 211—216, aufgehoben werden; im Uebrigen sind die vorbemerkten Vorschriften der C.P.O. §§ 208 ff. maßgebend.

Nach §§ 37, 41, 42 preuß. Ausf.=Ges. v. 6. März 1879 und §§ 2, 3, 9, 10, 12 bis 14, 17, 19—23, 44—46 Ueberg.=Ges. v. 31. März 1879 sind auch für die Konkurssachen, in welchen das Verfahren schon vor dem 1. Oktober 1879 eröffnet war, während im Allgemeinen das Verfahren darin nach den bisherigen Vorschriften zu erledigen ist, die Vorschriften der C.P.O. über Zustellungen, über die Berechtigung zur Zeugnißweigerung, die Verpflichtung zur Erstattung von Gutachten, über Vernehmung und Vereidigung von Zeugen und Sachverständigen, Maßregeln zur Erzwingung eines Zeugnisses oder Gutachtens und über das Verfahren bei Eidesabnahmen nebst den Vorschriften des G.V. entsprechend anwendbar erklärt, und sind hinsichtlich der Zwangsvollstreckungen besondere Bestimmungen zum Anschlusse an die C.P.O. getroffen.

§ 66.

Die Entscheidungen im Konkursverfahren[1] können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.[2]

Die Zustellung geschieht von Amtswegen.[3]

Gegen die Entscheidungen im Konkursverfahren findet, soweit dieses Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, die sofortige Beschwerde statt.[5]

1) Der Ausdruck: „Entscheidung" umfaßt in der C.P.O. und entsprechend auch in der K.O. nicht blos Urtheile, sondern alle „Beschlüsse und Verfügungen" des Gerichts (C.P.O. § 146 Nr. 5), also außer den Bestimmungen über Rechts= und Streitpunkte auch die Ernennung des Verwalters, die Bestimmung von Terminen und Fristen, die Anordnung von Sicherheitsmaßregeln, die Leitung von Gläubigerversammlungen.

Ueber die Form der Entscheidungen im K.Verfahren enthält die K.O. keine besonderen Vorschriften. Selbst die Entscheidungen über K.Eröffnung und über Verwerfung oder Bestätigung eines Vergleichs, welche sachlich einen Urtheilscharakter haben, werden nur als „Beschlüsse" bezeichnet, §§ 100, 171, und für die auch ohne Prozeß erfolgten deklaratorischen Feststellungen von K.Forderungen, welche mit Urtheilsfolgen ausgestattet werden, §§ 152, 178, ist nicht die Urtheilsform, sondern eine andere vorgeschrieben. Die Urtheilsform findet im K.Verfahren keine obligatorische Anwendung. Die Beifügung von Gründen bez. eines Thatbestandes ist nicht obligatorisch, indeß zulässig und, was die Gründe betrifft, wohl als Regel vorausgesetzt. Die Form der Entscheidung ist daher dem Ermessen des Gerichts überlassen, wie auch die Form der Beschlüsse der C.P.O. Sie können, insbesondere die unanfechtbaren über das Stimmrecht, §§ 87, 88, dem Protokolle oder einer Beilage desselben einverleibt werden.

Der Inhalt der Entscheidungen kann ein höchst verschiedener sein und durchläuft die gesammte Skala alles dessen, was eine Behörde möglicherweise bestimmen kann, von der Gestattung der Akteneinsicht und einer Terminsbestimmung an bis zu der auf Parteianrufen erfolgenden urtheilsmäßigen Feststellung behaupteter Ansprüche bez. Rechtsverhältnisse. Soweit über Rechte entschieden wird, sind die Entscheidungen einer materiellen Rechtskraft im Sinne des § 293 Abs. 1 C.P.O. fähig, was bei den einzelnen Arten zu erörtern ist. Sämmtliche Entscheidungen, theils nach Abs. 3 mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, theils unanfechtbar, sind der formellen Rechtskraft fähig, d. h. der endgültigen, durch Parteianträge nicht mehr zu beeinflussenden Erledigung im Sinne des § 645 C.P.O. Sie sind jedoch, mit Ausnahme der erwähnten urtheilsmäßigen Feststellungen, auch wenn formell rechtskräftig geworden, ebenso wie die Beschlüsse und Verfügungen der C.P.O. für das Gericht selbst nicht unabänderlich. Das Gericht ist zwar zu einer Abänderung seiner mit einer sofortigen Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt, C.P.O. § 540 Abs. 3. Es kann indeß ohne Beschwerde auf Antrag bez. unter Umständen auch ohne Antrag seine Verfügungen ändern, soweit Ausnahmen hiervon nicht besonders bestimmt sind, vgl. Anm. 4 zu § 87, oder sich aus der Sachlage ergeben. Darüber, ob dies zulässig ist, entscheidet nicht die Bezeichnung als Beschluß, sondern die Rücksicht, ob sachlich nicht eine urtheilsmäßige Feststellung von Rechten vorliegt. Soweit dies nicht der Fall ist, kann die Vorschrift der C.P.O. § 289, daß das Gericht an die Entscheidung in den von ihm erlassenen „End- und Zwischen-Urtheilen" gebunden ist, auch keine entsprechende sachliche Anwendung finden.

2) In der Vorschrift des Abs. 1, daß die Entscheidungen im K.Verfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, ist die charakteristische Unterscheidung des Verfahrens in der Sprache der C.P.O. ausgedrückt. Das Grundprinzip der Verhandlungsform der C.P.O. §§ 119, 128, wonach das Vorbringen in mündlicher Verhandlung „vor dem erkennenden Gerichte" entscheidend ist, findet in der K.O. keine Anwendung, da das K.Gericht kein erkennendes Gericht im Sinne der C.P.O. § 119 ist. Damit fallen für das K.Verfahren alle Vorschriften fort, welche Konsequenzen jenes Prinzips sind. Ebenso sind für die Verhandlungen des K.Verfahrens diejenigen Vorschriften der C.P.O. unanwendbar, welche Folge des für einen eigentlichen Rechtsstreit aufgestellten Prozeßsystems sind. Insbesondere findet daher der Grundsatz der affirmativen Litiskontestation, daß alle nicht ausdrücklich oder beabsichtigterweise bestrittenen Thatsachen für zugestanden gelten, C.P.O. § 129, keine unmittelbare Anwendung, unbeschadet des auch für die K.O. geltenden Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung, C.P.O. § 259, und der hiernach aus der Unterlassung von Erklärungen oder dem Nichterscheinen zulässigen Schlüsse. Fallen demnach auch die Formen eines Versäumnißurtheils im Sinne der C.P.O. §§ 295 ff., sowie eines agnitorischen Urtheils, C.P.O. § 278, und die mündliche Prozeßverhandlungsform der C.P.O. für das K.Verfahren fort, so bedarf dasselbe doch der Verhandlungen mit den Betheiligten und auch mündliche Verhandlungen im weiteren Sinne sind theils zulässig, theils (§ 170 Abs. 2) vorgeschrieben. Durch die Vorschrift, daß die Entscheidungen ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen „können", ist nicht ausgeschlossen, daß das K.Gericht eine mündliche Verhandlung anordnen kann, und andererseits nicht bestimmt, daß auch diejenigen Termine, welche die K.O. obligatorisch vorschreibt: Prüfungs-, Schluß-, Vergleichs-Termine und Gläubigerversammlungen fortfallen könnten. Sowohl für diese Termine, als auch wenn das Gericht außerdem eine „mündliche Verhandlung" anordnet, sind die Vorschriften der C.P.O. nur „entsprechend" anwendbar. Die schriftlichen Anträge brauchen nicht mündlich wiederholt zu werden und der Antragsteller braucht nicht zu erscheinen, um Berücksichtigung beanspruchen zu können. Das Prinzip der freien Beweiswürdigung, C.P.O. § 259, welches für den eigentlichen Civilprozeß eine mündliche Verhandlung

voraussetzt, erleidet dadurch zugleich die Ausdehnung, daß unter dem „Inhalt der Verhandlungen", welcher der Würdigung zu Grunde zu legen ist, auch die nicht mündlichen Verhandlungen einbegriffen sind. In den Mot. 298 sind insbesondere die §§ 123—126, 129, 136—139, 141 der C.P.O. als unanwendbar bezeichnet. Da das K.Verfahren vor einem Amtsgerichte stattfindet, so sind ferner schon hierdurch die für „Anwaltsprozesse" obligatorische Vertretung, C.P.O. § 74, sowie die nur für Anwaltsprozesse gegebenen Vorschriften der C.P.O. §§ 269, 270 beseitigt. Dagegen bleiben die auf die richterliche Leitung bezüglichen Vorschriften der C.P.O. §§ 127, 130—135, 142, 464 nebst den Vorschriften des G.V. §§ 177 ff. über Sitzungspolizei und Gerichtssprache für die Verhandlungen maßgebend; ebenso die Vorschrift der C.P.O. § 143 über die Zulassung von Bevollmächtigten und Beiständen. Auch C.P.O. § 144 betreffs der Folgen der Entfernung bez. einer Zurückweisung ist anwendbar, jedoch mit dem Unterschiede, daß diese Folgen niemals in einem Versäumnißverfahren im Sinne der §§ 295 ff. C.P.O. bestehen können, wohl aber in der allgemeinen Versäumnißfolge des § 208 (vgl. Anm. 2 zu § 65), wenn der Zurückgewiesene nicht that, und nicht mehr thun konnte, was er im Termine thun mußte, z. B. wenn er die angemeldete Forderung eines Anderen nach seiner Zurückweisung nicht bestreiten konnte.

Für die Aufnahme der Protokolle bleiben die §§ 145—151, 470 C.P.O. anwendbar. Insbesondere hinsichtlich dessen, was durch das Protokoll festzustellen ist, § 146 Nr. 2, findet § 470 Abs. 1 Anwendung; dagegen bleibt § 470 Abs. 2 nur für einen wirklichen Rechtsstreit in Geltung. Indeß auch § 470 Abs. 1 ist nur entsprechend anwendbar, da eine mündliche Verhandlung im Sinne des § 470 nicht erfolgt. Die Protokollirung der Erörterung über angemeldete Forderungen (§ 129) und der Abstimmung über einen Zwangsvergleich (§ 169) ist sachgemäß nicht bis zum Schlusse der gesammten Verhandlung auszusetzen, sondern sofort vorzunehmen. Der Unterzeichnung des Protokolls durch die Betheiligten bedarf es nicht. C.P.O. §§ 148, 149, 146. Mot. 414.

Die für einzelne Fälle getroffene Vorschrift, daß Betheiligte vor der Entscheidung „zu hören" sind (K.O. §§ 76, 87, 97, 189, 194, 195, 199, 205), hat hier, wie auch in der C.P.O. (§§ 97, 203, 776), nicht die Bedeutung, daß ihnen Gehör in mündlicher Verhandlung gestattet werden müßte. Es genügt, Gelegenheit zur schriftlichen (oder mündlichen) Erklärung zu geben. Dem Rechtssprachgebrauche entsprechend verlangt der Ausdruck nicht ein mündliches Aussprechen und persönliches Anhören, sondern die Gestattung des „rechtlichen Gehörs", welches auch beim gemeinrechtlichen schriftlichen Verfahren von den leiblichen Ohren abstrahirte. A.M. v. Völdernborff II. S. 23, 24. Nur die Entscheidung über einen Zwangsvergleich ist nach § 170 unbedingt an einen Termin und eine mündliche Verhandlung (im weiteren Sinne der K.O.) gebunden; abgesehen davon, daß bestimmte Verhandlungen nur in dem dazu bestimmten Termine vorgenommen werden können, §§ 91, 129 ff.

Eine Oeffentlichkeit der Verhandlung für andere als die Betheiligten, wie sie G.V. §§ 170—176 für eine Verhandlung „vor dem erkennenden Gerichte" vorschreibt, findet bei dem Wegfall eines erkennenden Gerichts nicht statt. Prot. 68.

3) Zu Abs. 2. Zustellung der Entscheidungen. Abs. 2 (von der R.K. zugefügt, Prot. 59, 60) bezieht sich nur auf die Zustellung der in Abs. 1 und 3 behandelten Entscheidungen. Durch Abs. 2 sind die Vorschriften der C.P.O. §§ 294, 281, 283, 288 modifizirt, wonach die Beschlüsse und Verfügungen des Gerichts auf Betreiben der Parteien zuzustellen bez. im Termine zu verkünden, und nur „nicht verkündete" von Amtswegen den Parteien zuzustellen sind, und die Verkündung auch einer der Termin versäumenden Partei gegenüber gilt. Im K.Verfahren sollen die Entscheidungen und Verfügungen von Amtswegen zugestellt werden. Diese Regel ist im Abs. 2 unterschiedslos für alle Ent-

scheidungen, also auch für die verkündeten gegeben. Die Vorschrift der C.P.O. §§ 283, 294, daß verkündete Entscheidungen nicht zugestellt zu werden brauchen, gilt also für das K.Verfahren nicht. Diese durch den Wortlaut des Abs. 2 bestätigte Auffassung war auch beabsichtigt; bei Beantragung des Zusatzes in der R.K. hob der Antragsteller v. Bahl hervor, daß überall die Zustellung von Amtswegen erfolgen solle und der Regierungsvertreter bemerkte: Die Zustellung auch der verkündeten Entscheidungen liege im Interesse des K.Verfahrens, Prot. 59, 60. Die Zustellung allein bietet auch den Fristbeginn für die sonst bei bloßer Verkündung unmögliche Beschwerde des Abs. 3. Eine bloße Wiederholung des § 294 Abs. 3 C.P.O., welche neben § 65 überflüssig wäre, ist durch den Abs. 2 nicht ausgedrückt, sondern reprobirt. Hullmann S. 222; Petersen S. 297; Küntzel in Rassow u. K. Beitr. Bd. 23 S. 938. — A.M. v. Sarwey S. 450, 451; König Konkursverf. 1879.

Die Regel des Abs. 2 gilt jedoch nur, soweit nichts Besonderes vorgeschrieben ist, und findet im Allgemeinen ihre Anwendung, wo es sich um die Entscheidung über Anträge und Verhältnisse Einzelner handelt, §§ 76, 83, 87, 88, 94 ff., 163. Dagegen ist die Entscheidung auf Berichtigung des Vertheilungsverzeichnisses auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen, § 146; für die Bestätigung oder Verwerfung eines Zwangsvergleichs ist die Verkündung allein obligatorisch angeordnet und maßgebend, ohne daß neben ihr noch eine Zustellung vorgeschrieben oder nothwendig wäre, §§ 171, 174; und in allen Fällen öffentlicher Bekanntmachung gilt diese zugleich als Zustellung für alle Betheiligten, §§ 68, 69. Neben der öffentlichen Bekanntmachung ist eine Zustellung nur nöthig, wo sie besonders vorgeschrieben ist, was nur in den §§ 103, 166 der Fall ist, vgl. Anm. 3 zu § 68. Die Wiederholung einer öffentlichen Bekanntmachung ist bei der Vertagung einer Gläubigerversammlung nicht nöthig, § 85 Abs. 2. Auch für den „neuen Termin" des § 169 Abs. 2 ist eine Verkündung desselben im ersten Vergleichstermine genügend, Anm. 7 zu § 169. Dagegen ist es sonst gemäß der Regel des Abs. 2 nicht zulässig, in einem anberaumten Termine einen neuen Termin wirksam durch Verkündung allein ohne neue Zustellung bez. Bekanntmachung anzusetzen.

Die Frage, wem zugestellt werden soll, ist durch den Abs. 2 nicht beantwortet, indem die jetzige Fassung statt der anfänglich vorgeschlagenen: „sie sind den Betheiligten zuzustellen" gewählt worden ist. Die Frage ist nach den konkreten Umständen zu beantworten. In der Regel ist allen Betheiligten zuzustellen. Die Regel leidet aber nach der Natur der Sache eine Ausnahme, wenn es sich um Beschlüsse handelt, welche sich nur gegen den Antragsteller richten (Ablehnung eines Gesuchs, auch wenn Andere dabei betheiligt sind) oder um gerichtsseitige Verwaltungsanordnungen. Bei den Entscheidungen über Anträge oder Beschlüsse der Gläubigerversammlungen, §§ 72, 76, 91, sind alle K.Gläubiger und Interessenten (G.Schuldner und Verwalter) betheiligt; die Zustellung, welche an die Gläubigerversammlung nicht adressirt werden kann, da sie kein Rechtssubjekt ist, muß daher an alle Betheiligte erfolgen; als Form dafür ist die öffentliche Bekanntmachung durch § 68 Abs. 3 gegeben. Eine Zustellung an den K.Verwalter allein, wie v. Sarwey S. 451 vorschlägt, ist als dem Abs. 2 entsprechend nicht anzusehen, würde oft gerade einen sachlich Unbetheiligten treffen und kann für die anderen Betheiligten die zulässige Beschwerde weder an eine ihnen unbekannte Zustellung knüpfen, noch ihnen dies Rechtsmittel entziehen, vgl. Anm. 5.

Für die Form der Zustellung von Amtswegen sind die Vorschriften der C.P.O. §§ 156 ff. anwendbar. Vgl. preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 § 42.

4) „Eine Anfechtung der Entscheidungen findet nicht statt" in den Fällen der §§ 87, 88, 151, 174 Abs. 3, 175. Gegen alle anderen „Entscheidungen" des K.Gerichts (im Sinne der Anm. 1) ist die sofortige Beschwerde als einziges Rechtsmittel gegen die das K.Verfahren selbst betreffenden Entscheidungen zulässig. Hierdurch ist jedoch die

Beschwerde über das K.Gericht im Disziplinarwege insbesondere über Verzögerungen nicht ausgeschlossen. Prot. zu C.P.O. S. 272. Auch die gewöhnliche Beschwerde kann gegen Incidententscheidungen zulässig werden, z. B. gegen Zeugen oder Sachverständige, C.P.O. §§ 345, 355, 374 verb. mit K.O. § 67, wegen verweigerter Rechtshülfe, G.V. §§ 159, 160, wegen Ungebühr G.V. § 183. Die Entscheidungen in den durch den Konkurs hervorgerufenen Prozessen unterliegen den ordentlichen Prozeßrechtsmitteln.

5) Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (C.P.O. §§ 540, 530 ff.) ist binnen einer durch Parteienvereinbarung nicht abzuändernden Nothfrist von zwei Wochen einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung der Entscheidung. Abweichungen für den Beginn der Frist sind indeß in den §§ 146, 174 K.O. bestimmt. Ueber die Berechnung der Frist vgl. C.P.O. §§ 200, 202. Ueber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Nothfrist s. C.P.O. §§ 211—216. Die Beschwerde kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers beim K.Gerichte oder beim Beschwerdegerichte (dem im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte, also dem Landgerichte,) eingelegt werden. Sie kann auf jede Verletzung eines Gesetzes d. h. einer Rechtsnorm des materiellen Rechts oder des Verfahrens (E.G. § 2 und Vorbem. 1 zu Buch I.), auf unrichtige Anwendung des thatsächlichen Beweiswürdigungsrechts, auch der Natur der K.Gerichts-Entscheidungen entsprechend auf Sachwidrigkeit der Entscheidung gegründet und durch neue Thatsachen und Beweise unterstützt werden.

Zur Beschwerde berechtigt ist jeder Betheiligte, welcher durch die Entscheidung betroffen wird und verletzt sein kann; auch jeder einzelne K.Gläubiger, wenn alle betroffen werden, wie bei Ablehnung von Anträgen oder Beschlüssen von Gläubigerversammlungen, §§ 72, 76, 91. Petersen S. 299. Stieglitz S. 419. In solchem Falle mit Hullmann S. 223 und Wengler S. 424 wegen Verletzung des gemeinschaftlichen Interesses eine Beschwerde nur „dem Organ, welchem die Wahrung dieses Interesses durch die K.O. anvertraut" zu gestatten: der Gläubigerversammlung bei Ablehnung eines gewählten Vertreters, oder eines gefaßten Beschlusses oder Versagung der Entlassung eines Verwalters, bez. im letzteren Falle auch dem Gläub.-Ausschusse, widerspricht dem in dieser Weise im Abs. 3 nicht eingeschränkten Beschwerderecht jedes Verletzten und würde bei den Vorschriften des § 85 über die Berufung einer neuen Gläub.-Versammlung zur Beschwerde das Recht dazu illusorisch machen. Darüber, ob überhaupt die G.Versammlung ein Beschwerderecht hat, vgl. Anm. 1 zu § 85.

Der Beschwerderichter hat dasselbe thatsächliche Beweiswürdigungsrecht, wie das K.-Gericht. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung; aber sowohl das K.Gericht, als das Beschwerdegericht können die Aussetzung der Vollziehung der angefochtenen Entscheidung anordnen; letzteres kann auch vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen. C.P.O. § 535. Die Entscheidung über die Beschwerde kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. C.P.O. § 536. Wird jedoch eine solche angeordnet, so ist in der dann vor dem Landgerichte stattfindenden Verhandlung eine Vertretung durch einen beim Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwalt obligatorisch, C.P.O. § 74. Die Vorschriften der C.P.O. über diese obligatorische Vertretung sind aus Gründen des öffentlichen Interesses erlassen. Mot. zu C.P.O. S. 96—98. Eine Abweichung von der Vorschrift ist für das K.Verfahren durch Zweck und Wesen desselben nicht zu begründen, zumal da eine Beschwerde sachgemäß die Präzisirung und Beschränkung auf den bestimmten Beschwerdepunkt erheischt.

Eine „weitere Beschwerde" gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet nur dann statt, wenn in der letzteren „ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist" (C.P.O. § 531) d. h. eine im Tenor oder in den Gründen ausgesprochene derartige neue, sachlich verschiedene Entscheidung, daß ein neuer selbständiger Grund zur Beschwerde (Fundament einer solchen, analog dem Klagegrunde) für eine von der

früheren unabhängige erste Beschwerde gegen eine für den Beschwerdeführer neue Gerichtsentscheidung gegeben ist. R.G. 1, 223, 233. Dies ist für den Beschwerdegegner der Fall, wenn der Beschwerde stattgegeben und das Gegentheil der früheren Entscheidung bestimmt wird; auch für den Beschwerdeführer, wenn statt der früheren Entscheidung etwas Heterogenes bestimmt wird.

Wenn die frühere Entscheidung aus denselben Gründen bestätigt ist, so ist für den Beschwerdeführer eine weitere Beschwerde nicht zulässig. Sein früherer „Beschwerdegrund" ist konsumirt, nachdem er fruchtlos geltend gemacht war. Hat das Beschwerdegericht die Entscheidung geändert, so kann dadurch ein Gegner oder anderer Betheiligter einen Grund zur Beschwerde erhalten, daß jetzt vielmehr sein Recht verletzt ist. Dies ist für ihn „ein neuer selbständiger Beschwerdegrund" und ihm steht dann die „weitere Beschwerde" an das Oberlandesgericht zu. G.V. § 123 Nr. 4. Dieselbe kann auch für den Beschwerdeführer statthaft sein, wenn das Beschwerdegericht statt der beantragten Entscheidung eine andere neue erlassen hat. Unter gleichen Umständen ist dann auch gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts eine weitere Beschwerde an das Reichsgericht bez. an einen obersten Landesgerichtshof zulässig. G.V. § 135 Nr. 2. E.G. zu G.V. § 8. Mot. 295. Wegen des Näheren über diese Streitfrage vgl. die Kommentare zur C.P.O. § 531. In Betreff des Beschlusses über Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleichs findet eine weitere Beschwerde nicht statt. § 174 Abs. 3.

Für Konkurssachen vor einem Konsul in einem Konsulargerichtsbezirke sind im Ges. v. 10. Juli 1879 §§ 18, 19 zwei Abweichungen hinsichtlich des Rechtsmittels der Beschwerde bestimmt:

a. Der Konsul ist zur eignen Abänderung seiner durch sofortige Beschwerde angegriffenen Verfügung befugt; § 540 Abs. 3 C.P.O. ist nicht anwendbar;
b. über die Beschwerde gegen den Konsul entscheidet das Reichsgericht und ist damit auch eine weitere Beschwerde hier ausgeschlossen.

§ 67.

Das Konkursgericht kann zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse die erforderlichen Ermittelungen, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen anordnen. [1])

E. I. 75. P. 132. Abs. 6.

1) Die Anordnung kann auf Antrag oder von Amtswegen geschehen. Die Bestimmung soll hauptsächlich die Information der Verwaltungsorgane erleichtern, zur Vermeidung von Prozessen und zur Abkürzung des Verfahrens dienen, und ist ausgesprochen, um über die Anwendbarkeit der C.P.O. Zweifel zu beseitigen, welche sich darauf gründen könnten, daß der Konkurs kein eigentlicher Prozeß ist. Das Gesetz gebraucht die Ausdrücke: „Zeugen" und „Sachverständige" im technischen Sinne und „will dadurch die entsprechende Anwendung der Vorschriften der C.P.O. §§ 340 ff., 369 ff. über die Aufnahme des Beweises, insbesondere die Zeugenpflicht, die Ablehnung eines Sachverständigen, die zulässigen Zwangsmittel, die Eidespflicht, die Entschädigung und die Zuziehung der Betheiligten sicherstellen. Als selbstverständlich ist vorausgesetzt, daß das Gericht jede andere zuständige Behörde um die Vornahme der Vernehmung oder sonstigen Ermittelung ersuchen kann." Mot. 299, 300. Die Gebühren-Ordnung für Zeugen und Sachverständige v. 30. Juni 1878 ist im § 1 ausdrücklich auch für das Konkursverfahren anwendbar erklärt; wegen der Festsetzung und der Beschwerde darüber vgl. § 17 der Geb.O. Die Vorschriften der C.P.O. über Erlaß und Form eines Beweisschlusses sind nicht anwendbar, und die Vorschriften derselben über Verzögerung der

Beweismittel (§§ 332, 339, 367, 398) finden nur „entsprechende" Anwendung. Anm. 2 zu § 65. Die Vorschriften der C.P.O. §§ 356, 375, daß die Parteien auf die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen verzichten können, sind von der Anwendbarkeit im K.Verfahren nicht ausgeschlossen. Sofern jedoch die in Rede stehenden Fragen nicht blos einzelne Betheiligte betreffen, sondern, wie die Regel sein wird, alle Konkursbetheiligten, verbietet sich dadurch die praktische Ausführung eines Verzichts, und bleibt die Beeidigung geboten, Petersen S. 300. Dem Ermessen des Gerichts mit v. Völdernborff II. S. 28, 29 die Unterlassung anheimzustellen, würde keine entsprechende Anwendung der Vorschrift sein, daß sie zu beeidigen sind, wenn nicht von den Parteien verzichtet wird. Die durch § 67 dem Gerichte eingeräumte Offizialthätigkeit findet insbesondere auch für die Verhandlungen über die K.Eröffnung und über einen Zwangsvergleich (§§ 97, 173) Anwendung.

Hinsichtlich der Vorlegung von Handelsbüchern und der Beweisführung durch dieselben ist darauf aufmerksam zu machen, daß durch das E.G. zu C.P.O. § 13 Nr. 2 die Art. 34—36, 37 Satz 2, 39, 77, 78, 79 Abs. 2 H.G. aufgehoben sind. Dagegen sind Art. 37 Satz 1, 38, 40, 79 Abs. 1 aufrecht erhalten und durch E.G. z. K.O. § 3 Abs. 1 ist insbesondere die Vorschrift des Art. 40 erhalten, daß im Konkurse die Mittheilung der Handelsbücher des G.Schuldners zur vollständigen Kenntnißnahme von ihrem ganzen Inhalte (abweichend von Art. 38) gerichtlich verordnet werden kann.

§ 68.

Die öffentlichen Bekanntmachungen erfolgen durch mindestens einmalige Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt; die Einrückung kann auszugsweise geschehen. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenden Blattes.[1]

Das Gericht kann weitere Bekanntmachungen anordnen.

Die öffentliche Bekanntmachung gilt als Zustellung an alle Betheiligten, auch[2] wenn dieses Gesetz neben ihr eine besondere Zustellung vorschreibt.[3]

E. I. 98. P. 123. 148. 168. 183. 204.

1) Oeffentliche Bekanntmachungen sind in der K.O. §§ 73, 85, 90, 103, 105, 139, 151, 166, 175, 184, 189, 191 vorgeschrieben und im § 98 als zugelassen erwähnt. Die Vorschriften des § 68 sind für die öffentlichen Bekanntmachungen im K.-Verfahren an Stelle der C.P.O. §§ 187, 189 anwendbar. Letztere Vorschriften sind zur Kostensparung dahin modifizirt, daß die Anheftung an die Gerichtstafel und die Einrückung in den deutschen Reichsanzeiger wegfällt, daß in allen Fällen die Einrückung nur auszugsweise zu geschehen braucht (Zusatz der R.K. Prot. 60, 61) und nur eine einmalige Einrückung nöthig ist. Auch die im § 187 C.P.O. enthaltene Voraussetzung des Gesuchs einer Partei fällt hier fort. Die Bekanntmachungen erfolgen, wie die einzelnen Vorschriften ergeben, sobald die sonstigen sachlichen Voraussetzungen gegeben sind, seitens des K.Gerichts von Amtswegen; nur im Falle des § 139 seitens des Verwalters, ohne daß ihm eine Bewirkung der Bekanntmachung durch Vermittelung des Gerichts vorgeschrieben ist.

In Folge des Wegfalls der Anheftung an die Gerichtstafel ist im Satze 2 ein anderer Zeitpunkt bestimmt, mit welchem die Bekanntmachung als bewirkt anzusehen ist, nämlich der Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des die (erste) Einrückung enthaltenden

Blattes. Der Tag der Ausgabe selbst wird nicht mitgerechnet; nach demselben müssen zwei volle Tage vergangen sein, bevor die Bekanntmachung als bewirkt gilt. C.P.O. § 199. Ob einer der Tage, wenngleich der letzte, ein Sonntag oder Feiertag ist, macht keinen Unterschied. Entscheidend ist der Tag der allgemeinen Ausgabe am Orte des Erscheinens des Blattes (nicht der für Postsendungen nach auswärts schon Abends vorher erfolgenden theilweisen), und zwar der wirklichen Ausgabe (nicht des im Blatte gedruckten Datums, wenn dieser nicht mit der Ausgabe übereinstimmt; a.M. v. Völderndorff II. S. 35, Wengler S. 429). Für die Fälle der §§ 103 Abs. 2, 105, 151, 175, 191 ist indeß außer der Vorschrift des § 68 noch die auszugsweise Einrückung in den deutschen Reichsanzeiger vorgeschrieben. Für den Inhalt des Auszuges findet C.P.O. § 188 entsprechende Anwendung. Vgl. ferner preuß. Geschäfts-Ordnungen für die Gerichtsschreib. § 18 bez. § 17, Just.-Min.-Bl. 1879 zu S. 194, 230, 324. In Konkursen, welche von einem Konsul eröffnet worden sind, ist die Einrückung einer öffentlichen Bekanntmachung in den Reichsanzeiger in keinem Falle erforderlich. Ges. v. 10. Juli 1879 § 45.

Eine besondere Anwendung findet § 68 Abs. 1, 2 nach §§ 49, 50 preuß. Ausf.-Ges. vom 6. März 1879 noch in Konkursverfahren, welche vor dem 1. Oktober 1849 im Geltungsbereiche der preuß. K.O. vom 1855 und im Bezirke des Appell.-Ger. zu Celle eröffnet sind, zur Aufforderung der dem Aufenthalte nach unbekannten Gläubiger mit dem Rechtsnachtheile, daß bei Nichtmeldung in gegebener Frist ihre Forderungen im ferneren Verfahren bis zur Meldung des Berechtigten nicht berücksichtigt werden, bez. nach späterer Meldung nur nach Maßgabe der dann vorhandenen Masse zu berücksichtigen sind.

2) Zufolge der Fassung des Abs. 3 gilt jede öffentliche Bekanntmachung im K.Verfahren als Zustellung an alle Betheiligten; und zwar nicht nur in Fällen, für welche ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß sie erfolgen soll, sondern ebenso, wenn das K.Gericht eine öffentliche Bekanntmachung erläßt, ohne daß dies ausdrücklich vorgeschrieben ist (wie z. B. für besondere Prüfungstermine, § 130 Abs. 1, 3 und für den Schlußtermin, § 150; ebenso für die Entscheidungen, welche auf Anträge oder Beschlüsse der Gläubiger-Versammlungen nach §§ 72, 76, 91 erfolgen, vgl. Anm. 3 zu § 66); desgleichen für die Bekanntmachung des Verwalters nach § 139; und „auch", wenn neben der öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Zustellung erfolgen soll.

3) Eine besondere Zustellung ist für den Eröffnungsbeschluß und für die Ladung zum Zwangsvergleichstermin vorgeschrieben, §§ 103 Abs. 3, 166. Mit Rücksicht auf die Schwierigkeit einer unbedingt richtigen Zustellung an zahlreiche Betheiligte kann nicht nur eine solche besondere Zustellung gemäß § 69 durch „Aufgabe zur Post" bewirkt werden; sondern ihre Unterlassung soll auch keine Wiederholung nöthig machen und keinen Beschwerdegrund bilden. Sie gilt daher als durch die öffentliche Bekanntmachung bewirkt. Nach der Ausdrucksweise der C.P.O. soll in jenen Fällen die besondere Zustellung erfolgen; sie muß aber nicht erfolgen. Ihre Bewirkung ist instruktionell vorgeschrieben, die Unterlassung hat jedoch keine Rechtsnachfolgen. Mot. z. C.P.O. § 4. Ist eine besondere Zustellung erfolgt, so ist die Beschwerdefrist des § 66 Abs. 3 für den Beschwerdeführer von der zuerst für ihn erfolgten Zustellung an zu berechnen. Hullmann S. 224. Petersen S. 301.

§ 69.

Wenn neben der öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Zustellung vorgeschrieben ist, so kann dieselbe durch Aufgabe zur Post bewirkt werden.[1] Einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bedarf es nicht.[2]

Die dem Verwalter obliegenden Mittheilungen können unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.[3)]

E. I. 98. P. 123. 148. 168. 183. 204.

1) Ueber die Fälle und die Bedeutung solcher besonderen Zustellungen s. Anm. 3 zu § 68. Die einfachere und weniger kostspielige Form der „Aufgabe zur Post“ gemäß C.P.O. §§ 161, 175 (deren richtige Ankunft zu Händen des Adressaten nicht kontrollirt und bescheinigt zu werden braucht und welche mit der Zustellung durch die Post, C.P.O. § 176, nicht zu verwechseln ist) soll abweichend von C.P.O. § 161 in allen Fällen und insbesondere auch dann genügen, wenn der Adressat am Orte oder im Bezirke des K.Gerichts wohnt. Ueber sonstige selbständige besondere Zustellungen außer dem Falle des § 69 vgl. Anm. 3 zu § 66.

2) Die sonst nach C.P.O. § 156 vorgeschriebene Beglaubigung ist bei der großen Zahl der ohnehin formularmäßig zu erlassenden Mittheilungen als unnöthig beseitigt. Ein Antrag in der R.K. auf Streichung des zweiten Satzes ist abgelehnt. Prot. 61.

3) Dem Verwalter liegt insbesondere die Mittheilung der von ihm beabsichtigten in den §§ 123, 121, 122 erwähnten Maßregeln an den G.Schuldner und des Prozentsatzes für Abschlagszahlungen an die Gläubiger (§ 147) ob. Für diese Mittheilungen ist (entsprechend der C.P.O. § 463 Abs. 2) von der sonstigen Form der Zustellung und von einer Zustellungsurkunde Abstand genommen. Die im § 139 vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung gehört zufolge dieser Ausnahme-Vorschrift nicht hierher; ebensowenig § 115.

§ 70.

Der Konkursverwalter wird von dem Gerichte ernannt.[1)]

Das Gericht kann demselben die Leistung einer Sicherheit auferlegen.[2)]

E. I. 76. 79. P. 128. ff. 211. ff.

1) II. Verwalter, §§ 70—78. Ueber die Rechtsstellung des K.Verwalters ist auf die Vorbem. 2 vor § 1 zu verweisen. Für die Ernennung des Verwalters ist die Bestimmung des Gerichts entscheidend. Die Gläubiger haben nur ein Vorschlagsrecht, § 102. Die Vorschriften des § 70 sind nicht nur bei der K.Eröffnung, sondern auch ebenso anwendbar, wenn in Folge des Ausscheidens eines bisherigen Verwalters eine Vakanz eintritt; also im Falle des Todes desselben, seiner Verhinderung durch geistige Unfähigkeit, seiner Entlassung, oder einer anderen Ernennung nach Wahl der Gläubigerversammlung. Diese Wahl allein bewirkt noch kein Ausscheiden. Der sofort bei der K.Eröffnung Ernannte bleibt ohne besondere Bestätigung oder Erneuerung der Ernennung Verwalter, sofern nicht auf Vorschlag der Gläubiger ein Anderer ernannt wird oder seine Entlassung nach § 76 erfolgt. — Die Klassen von Personen, aus welchen der Verwalter zu ernennen wäre, sind nicht beschränkt. Der G.Schuldner selbst kann nach § 5 folgerecht nicht zum Verwalter ernannt werden. Auch abgesehen von den naheliegenden Kollisionen der Funktionen des Verwalters mit den Interessen des G.Schuldners (vgl. Anm. 1, 2, 5, 22) steht § 5, indem darin eine Verschiedenheit der Personen vorausgesetzt ist, direkt entgegen. A.M. v. Völdernforff I. S. 111; II. S. 40. Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt die Unfähigkeit, während der im Urtheile bestimmten Zeit nach § 34 Nr. 6 Str.Ges.B. „Kurator“ zu sein und im Sinne dieser sich an das preuß. Str.Ges.B. §§ 12, 21 anschließenden Vorschrift ist die gleiche Unfähigkeit, K.Verwalter zu sein, anzunehmen. Vgl. Mandry S. 76—79. Dagegen sind weder Verwandte des G.Schuldners, noch Gläubiger oder Schuldner desselben absolut ausgeschlossen. Wird

ein Gläubiger zum Verwalter ernannt, so ist zur Vertretung hinsichtlich seiner Ansprüche ein besonderer Verwalter ad hoc zu ernennen, Fuchs S. 102, Stieglitz S. 429; ebenso wenn der Verwalter zugleich K.Verwalter eines andern G.Schuldners ist, für welchen eine Forderung (K.Forderung oder Masse-Anspruch) geltend gemacht werden soll. Daß der Verwalter am Wohnorte des G.Schuldners oder am Sitze des Konkursgerichts wohnt, wird nicht erfordert. Der Wohnort des Verwalters beschränkt gesetzlich überhaupt nicht hinsichtlich der Wahl. Auch Beamte sind durch die K.O. nicht ausgeschlossen. Inwiefern jedoch Beamten die Uebernahme der Funktion eines K.Verwalters gestattet oder dazu die Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde nöthig wird, ist nach der Landesgesetzgebung zu entscheiden. In Preußen ist insbesondere nach der Gerichtsvollz.-Ordn. v. 14. Juli 1879 (zu J.M.Bl. S. 194 bis 204) §§ 29, 38, 39 für die Gerichtsvollzieher — Subalternbeamte unter Aufsicht der Amtsgerichte — gemäß den allgemeinen Vorschriften für Staatsbeamte die Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde erforderlich.

Jeder Betheiligte: G.Schuldner oder Gläubiger hat das Recht zur Beschwerde über jede Ernennung, § 66. — Eine Vereidigung oder Verpflichtung des Verwalters ist nicht vorgeschrieben; die im E. I. § 76 in Aussicht genommene Verpflichtung ist von der Vork. gestrichen. „Die Ernennung legt dem Verwalter die gesetzlichen Pflichten auf." Mot. 301—305. — Nach E. I. § 76 sollte geeignetenfalls auch ein Stellvertreter ernannt werden, was die Vork. gestrichen hat. Vgl. Anm. zu § 71.

Eine Verpflichtung, die Ernennung anzunehmen, hat Niemand, wenn er sie nicht (als ständiger, berufsmäßiger K.Verwalter u. s. w.) übernommen hat. Die Vorschrift, welche C.P.O. § 372 für Sachverständige trifft, findet hier auch nicht analog Anwendung. Die Funktion als K.Verwalter ist kein öffentliches Amt, so wenig wie das Amt des Vormundes, wenngleich der Staat im öffentlichen Interesse sich das Ernennungsrecht vorbehält. Ob und unter welchen Verhältnissen eine Verpflichtung zur Uebernahme eines solchen Amts als eine Art von Bürgerpflicht eingeführt werden soll, ist Sache der Landesgesetzung. Eine Bestimmung desselben hierüber für unzulässig zu halten (wie v. Völdernborff II. S. 46), liegt kein Grund vor; die K.O. hat dies dadurch, daß sie selbst keine Bestimmung darüber getroffen hat, nicht verboten. Ueber die Verpflichtung der Gerichts- und Amts-Notare in Würtemberg vgl. Stieglitz S. 429.

Die gesetzlichen Befugnisse des Verwalters nehmen mit der Ernennung und deren Annahme ihren Anfang, § 70 Abs. 1. In den Mot. 305 ist als Anfang „die Zustellung der Ernennung" bezeichnet; dies ist nur insofern korrekt, als unter der Zustellung eine wenngleich ohne Form dem Verwalter zugegangene Mittheilung verstanden und die Annahme vorausgesetzt ist. Die Bescheinigung der Ernennung (Bestallung (§ 73) ist nur die Urkunde, welche die Ernennung beweist. Die Annahme der Ernennung ist jedoch im Falle einer Verpflichtung des Ernannten als selbstverständlich vorauszusetzen und auch sonst aus einer vorbehaltlosen Hinnahme zu folgern. Hat der Ernannte die Ernennung angenommen, so hat er sich dadurch zur Ausführung der Funktionen des Verwalters für diesen Konkurs verpflichtet, auch wenn er an sich gesetzlich zur Annahme nicht verpflichtet gewesen wäre. Er kann (gegen Petersen S. 306 Nr. 2) das Amt nicht beliebig niederlegen; er ist Verwalter und kann als solcher nach § 76 durch Ordnungsstrafen zur Fortführung angehalten werden. Stieglitz S. 430.

Die Beendigung des Amts als K.Verwalter tritt außer der Beendigung des K.Verfahrens (§§ 151, 153, 175, 177, 191, vgl. Anm. 2 zu § 151) ein, wenn er stirbt, geistig unfähig wird, nach § 76 entlassen wird, oder die bürgerlichen Ehrenrechte verliert (Str.Ges.B. § 34 „unfähig, Kurator zu sein." Mandry S. 76.) Ueber die Unwirksamkeit von Verhandlungen mit einem früheren Verwalter vgl. Anm. 1 zu § 73.

2) Für die Auferlegung einer Sicherheitsleistung und die Bestimmung der Art und Höhe ist ebenfalls das Ermessen des Gerichts entscheidend. Nach E. I. §§ 76, 79 sollten

die Verwalter eine nach Art und Betrag vom Gerichte zu bestimmende Sicherheit leisten müssen, „sofern sie nicht vermöge ihres Amtes öffentlichen Glauben haben"; die Gläubiger sollten jedoch dies erlassen können, sofern der G.Schuldner nicht widerspricht. Statt dieser Vorschriften hat die Vork. im § 70 Abs. 2 Alles dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt. Die Anträge des G.Schuldners oder der Gläubiger sind weder für noch gegen die Kautionsleistung entscheidend. Jeder Betheiligte hat aber auch hier das Recht zur Beschwerde, § 66. Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung kann als Bedingung der Ernennung gestellt werden oder auch nach der Ernennung erfolgen. Mot. 305. Das Gericht kann auch nach dem Erfordern oder nach der Leistung einer Sicherheit dieselbe ganz oder theilweise wieder erlassen.

Die Caution ist begrifflich allerdings eine prozessualische im Sinne des § 101 C.P.O., d. h. eine nach Konkursprozeßvorschrift im Falle des Verlangens des Gerichts zu leistende, nicht die Folge einer civilrechtlichen Verpflichtung, da den Betheiligten, wenngleich sie in deren Interesse erfordert wird, nicht einmal ein prozessualisches Recht auf das Erfordern der Caution eingeräumt ist. Die sonst nach § 65 eintretende entsprechende Anwendung des § 101 C.P.O. ist indeß durch § 70 sowohl darin modifizirt, daß das Gericht an eine (ohnehin ohne Zustimmung aller, auch noch nicht angemeldeter K.Gläubiger nicht ausführbare) Vereinbarung der Parteien nicht gebunden ist, als auch darin, daß das Gericht freie Bestimmung über die Art der Caution hat. Durch das Beschwerderecht kann also nur erreicht werden, daß das Beschwerdegericht mit gleichem freien Ermessen prüft, ob das K.Gericht von seinem Ermessen einen sachgemäßen Gebrauch gemacht hat.

§ 71.

Wenn die Verwaltung verschiedene Geschäftszweige umfaßt, so können mehrere Konkursverwalter ernannt werden. Jeder von ihnen ist in seiner Geschäftsführung selbständig.[1])

E. I. 77. P. 136. 216.

1) Die Ernennung mehrerer Verwalter ist nur für den Fall gestattet, „daß jedem derselben ein besonderer, in sich abgeschlossener Geschäftszweig übertragen werden kann." Jeder ist für seinen Geschäftszweig allein K.Verwalter und verantwortlich. Zulässig ist darnach, daß für einzelne abgesonderte Geschäftszweige besondere Verwalter neben einem Verwalter, welcher als solcher in Allem Uebrigen mit Ausschluß jener Geschäftszweige fungirt, bestellt werden. Angezeigt ist dies wohl nur, wenn ein Geschäftszweig besondere Kenntnisse voraussetzt oder entfernt vom Orte des K.Gerichts bez. vom Wohnorte des Verwalters zu betreiben ist. Ueber Differenzen der ernannten verschiedenen Verwalter hinsichtlich ihrer Kompetenz hat das K.Gericht in Folge seines Ernennungsrechts (§§ 70, 71) deklaratorisch zu entscheiden; in Betreff der rechtlichen Folgen schon erfolgter Handlungen für Dritte indeß im Falle eines Streites das zuständige Prozeßgericht.

Ist eine Theilung der Geschäfte nach bestimmten Zweigen unthunlich, „so muß es dem Verwalter überlassen bleiben, sich der Unterstützung von Gehülfen zu bedienen, welche seiner Beaufsichtigung und seinen Anweisungen unterworfen sind, und für deren Thätigkeit er nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufzukommen hat." Mot. 305, 306. Vgl. preuß. A.L.R. I. 13 §§ 37 ff., I. 14 § 109, I. 6 §§ 50 ff. Die Vertretung des Verwalters durch Bevollmächtigte für einzelne Angelegenheiten ist durch das Gesetz nicht ausgeschlossen.

§ 72.

In der auf die Ernennung eines Verwalters folgenden Gläubigerversammlung können die Konkursgläubiger statt des Ernannten eine andere Person wählen.[1] Das Gericht kann die Ernennung des Gewählten versagen.[2]

E. I. 78. P. 213.

1) Außer der im § 72 bezeichneten ersten Gläubigerversammlung ist auch die Berufung einer späteren zur Wahl eines neuen Verwalters nach §§ 85, 90 zulässig. Mot. 302, 303.

2) Wird die Ernennung des Gewählten versagt, so bleibt der früher ernannte Verwalter in Funktion. Prot. 62. Die Versagung kann ohne Angabe von Gründen erfolgen; und die Gründe zur Versagung sind gesetzlich nicht beschränkt. Jeder Betheiligte, der G.Schuldner und jeder einzelne K.Gläubiger, vgl. Anm. 5 zu § 66, hat das Recht zur Beschwerde; im Bericht über die Beschwerde wird sich das Gericht über die Gründe auszusprechen haben. Das Beschwerderecht ist gesetzlich nicht auf die im Termine anwesend Gewesenen beschränkt. Vgl. Prot. 62. Wer als Verwalter gewählt, aber nicht ernannt ist, wird jedoch als solcher noch nicht betheiligt und hat durch die Wahl noch kein Recht, also auch keine Beschwerde über Nichtberücksichtigung von Rechten. Wird ein Gewählter ernannt, so ist damit der früher Ernannte eo ipso entlassen, und hat in Folge der ihm gegenüber nach § 72 freien Befugniß des Gerichts kein Beschwerderecht. Der Ernannte, welcher ablehnen will, und dazu berechtigt ist, ist nicht durch die Ernennung, sondern durch eine Nichtberücksichtigung seiner Ablehnung verletzt und hat hiergegen die Beschwerde. Das Beschwerdegericht hat das gleiche souveräne Ermessen und die gleiche Befreiung von der Verpflichtung, Gründe anzugeben.

Nach E. I. § 78 sollten die Gläubiger einen andern Verwalter wählen können, welcher „zu ernennen ist, wenn der G.Schuldner nicht widerspricht.“ Bei dieser Vorschrift hatten die Mot. allerdings Recht, dem Entw. eine größere Selbstthätigkeit und Selbstverwaltung der Gläubiger nachzurühmen. Wenn diese Ausführungen der Mot. auch noch wiederholt sind, nachdem die §§ 72, 75 aufgenommen sind, so haben sie einen großen Theil ihrer Berechtigung theoretisch verloren. Ob auch praktisch, hängt von der Handhabung der K.Gerichte ab. Im E. § 72 wurde als Satz 2 vorgeschlagen: „das Gericht kann die Bestätigung der Wahl versagen.“ In der R.K. wurde dies gegenüber einer einstimmigen Wahl sachwidrig gefunden und dafür beantragt: „das Gericht kann die Ernennung auf Antrag eines Gläubigers oder des G.Schuldners ablehnen.“ Der Antrag wurde zurückgewiesen, aber Satz 2 redaktionell so, wie er Gesetz geworden, geändert.

§ 73.

Der Name des Verwalters ist öffentlich bekannt zu machen.[1]

Dem Verwalter ist eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung zu ertheilen. Er hat dieselbe bei der Beendigung seines Amts dem Gerichte zurückzureichen.[2]

E. I. 80. P. 128. 130. 214.

1) Nicht blos bei der K.Eröffnung, sondern bei jeder auch späteren Ernennung eines Verwalters ist sein Name nach den Bestimmungen des § 68 öffentlich bekannt zu machen. Die Bekanntmachung hat natürlich den Zweck, die Legitimation des Verwalters allseitig bekannt zu geben. Indeß wird dadurch weder der Beginn seiner Legitimation, noch das Ende der Funktion eines früheren Verwalters bestimmt. Vgl. hierüber Anm. 1 zu § 70.

Auch der durch eine Bekanntmachung oder durch andere Umstände veranlaßte gute Glaube, daß Jemand noch fortdauernd (bez. überhaupt) Verwalter sei, hat keinen Einfluß auf die Verbindlichkeiten für die K.Masse. Mit der Bekanntmachung, welche ohnehin für die Beendigung der Funktion eines Verwalters nicht vorgeschrieben ist, ist eine solche Folge im § 73 nicht verbunden. Wer mit Einem verhandelt, welcher nicht oder nicht mehr Verwalter ist, steht, da nur der wirkliche Verwalter kraft Gesetzes die Vollmacht hat, den G.Schuldner hinsichtlich der K.Masse zu vertreten, der K.Masse gegenüber demjenigen gleich, welcher mit einem Nichtbevollmächtigten verhandelt; auch wenn er gutgläubig war. Für die K.Masse sind die Handlungen eines nicht oder nicht mehr zur Vertretung Beauftragten unverbindlich, wenn sie nicht etwa der wahre Verwalter genehmigt; die Vorschriften der Art. 25, 46 H.G.B. betreffs der Procura sind in der K.O. nicht aufgenommen und gestatten keine Analogie für gesetzliche Vertreter. Stieglitz S. 434. A.M. v. Völderndorff II. S. 54, 55, 56.

2) Abs. 2 bestimmt, wie Abs. 1 Zweckmäßigkeits-Maßregeln. Ist das Amt eines Vertreters beendigt, Anm. 1 zu § 70, so ist er auch ohne Rückgabe der Bestallung nicht mehr berechtigt, als Verwalter zu handeln.

§ 74.

Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.[1)]

E. I. 81. P. 132. 215.

1) Der § 74 ist hinsichtlich der Person der Berechtigten aus dem System der K.O. und der Stellung des Verwalters zu ergänzen. Der Verwalter ist als gesetzlicher Vertreter des G.Schuldners, und zwar als ein im Interesse der K.Gläubiger bestellter Vertreter (§ 5) sowohl dem G.Schuldner als den K.Gläubigern gegenüber zur Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters verpflichtet. Vgl. §§ 78, 150. Anm. 2 zu § 52. Mot. 244, 245. Er haftet ihnen gegenüber für allen aus der Verabsäumung dieser Sorgfalt verursachten Schaden. Inhalt und Maß dessen, was er mit dieser Sorgfalt zu thun und zu unterlassen hat, wird indeß nicht durch den Willen der Gläubiger oder des G.Schuldners bestimmt, sondern durch das Gesetz. Vgl. Vorb. 2 vor § 1. Andere dagegen, insbesondere auch Aus- oder Absonderungsberechtigte haben mit Rücksicht auf die rechtliche Stellung des Verwalters kein Recht auf Schadensersatz aus § 74. Sie können sich, da der Verwalter durch seine Handlungen die Masse verpflichtet, als Massegläubiger an die Masse halten; und sofern sie durch den Verwalter als Dritte einen außerkontraktlichen Schaden erlitten haben, können sie nur nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des bürgerlichen Rechts über Schadenzufügung (preuß. A.L.R. I. 6) Ansprüche machen.

Die Haftpflicht des Verwalters gegenüber dem G.Schuldner und den K.Gläubigern soll im § 74 für alle Rechtssysteme einheitlich geordnet werden. Die gemeinrechtliche sog. diligentia quam in suis rebus und die preuß. Sorgfalt, welche gesetzlich einem Bevollmächtigten und Verwalter fremder Sachen obliegt (P. § 132), sind nach den Mot. 306 ungeeignet gefunden, weil sie in den verschiedenen Rechtsgebieten einen verschiedenen Inhalt haben würden. Die Fassung des E. I. § 81: „Sorgfalt, welche ein ordentlicher Hausvater auf seine eignen Angelegenheiten verwendet" war von der Fassung des § 74 nur redaktionell verschieden. Der „ordentliche Hausvater" entspricht, ins Deutsche übersetzt, dem diligens paterfamilias. Der Verwalter muß also für culpa levis haften. Mot. 406. Windscheid I. § 101. Indeß gemäß dem Zwecke des Amtes und der beabsichtigten einheitlichen Regelung des Maßes der Haftpflicht ist die Sorgfalt zu verlangen, welche ein für die konkrete Verwaltungsstellung bestimmter ordentlicher Hausvater anzuwenden hat, entsprechend dem ordentlichen Kaufmanne des Art. 282 H.G.B., wenn es sich um kauf-

männische Angelegenheiten handelt. Der Verwalter kann sich nicht entschuldigen, daß ihm der bestimmte Geschäftskreis des G.Schuldners fremd sei. Ein mit solcher Verwaltung betrauter ordentlicher Hausvater lernt ihn kennen oder verwendet entsprechende Sachverständige. Andere partikularrechtliche Unterscheidungen der culpa, insbesondere die des preuß. A.L.R. I. 3 §§ 17 ff. sind hierfür unanwendbar und beseitigt. R.O.H. 22, 411.

§ 75.

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Konkursgerichts.[1)]

P. 132. 215.

1) Die Vorschrift ist von der Vork. (übereinstimmend mit P. § 132 Abs. 1) eingeschaltet. Sie hat in der praktischen Anwendung in Preußen allerdings zu keinen Bedenken Veranlassung gegeben. Sie gehört indeß einem Systeme und einer Zeit an, welche die Offizialthätigkeit des Gerichts zur Grundlage für die K.Verwaltung nahmen, und ist derartig dehnbar, daß je nach der praktischen Anwendung der K.Gerichte die verschiedenartigste Behandlung der Konkurse möglich wird und selbst eine theilweise vom Gerichte dirigirte Verwaltung des alten gemeinrechtlichen Systems wieder eingeführt werden kann. Die Mot. sagen zwar: „Keineswegs ist beabsichtigt, das Gericht durch Beilegung von Disziplinarbefugnissen indirekt zu einer oberen Instanz in Verwaltungssachen zu machen. Der bezeichnende Unterschied liegt darin, daß dasselbe niemals die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Pflichtwidrigkeit der Handlungen oder Unterlassungen des Verwalters zu prüfen hat. Direkte Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften, grobe Vernachlässigung der Amtspflichten können von dem Gerichte ohne Einmischung in die eigentliche Verwaltung sehr wohl geahndet werden. In der Regel wird dasselbe nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag vorgehen." Mot. 306. Einen Ausdruck im Gesetze haben indeß diese Erwägungen nicht bekommen. Im Gegentheil ist in einzelnen Fällen (§§ 91, 173 Nr. 2) das K.Gericht geradezu angewiesen, die Interessen der K.Gläubiger, also die Zweckmäßigkeit, zu berücksichtigen. In den meisten Fällen ist auch das Urtheil über Vernachlässigung von Pflichten und über pflichtwidrige Handlungen und Unterlassungen nicht füglich von der Beurtheilung der Zweckmäßigkeit zu trennen, und in allen Fällen ist die Verwaltung unter einer Aufsicht, welche sich geltend machen kann, ohne von irgend einem Betheiligten angerufen zu sein, nicht mehr eine Selbstverwaltung zu nennen. Da man jedoch annehmen kann, daß die Mot. den Geist wiedergeben, in welchem die Vorschrift verstanden sein soll, so ist sie möglichst beschränkend in jenem Sinne auszulegen. Vgl. Anm. 1 zu § 79.

Aus der Vorschrift folgt außer den besonderen Bestimmungen des § 76 das Recht des K.Gerichts, Verweise zu ertheilen und jederzeit Auskunft und Rechenschaft zu verlangen. Hinsichtlich der Verwaltung selbst ist die direkte Thätigkeit des Gerichts auf die vorläufige Untersagung einzelner Verwaltungsmaßregeln (§§ 123, 148), auf die Untersagung der Ausführung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung (§ 91) und die Versagung der Genehmigung zur Vornahme der Schlußvertheilung (§ 149) beschränkt. Es ist anzunehmen, daß durch das Aufsichtsrecht keinenfalls das K.Gericht berechtigt sein soll, vom Verwalter zu verlangen, daß er positiv bestimmte Verwaltungsakte vornimmt, z. B. Anfechtungsklagen anstellt (a.M. Schultze, jurist. Grundl. S. 68), da eine solche positive Einwirkung des Gerichts nach der gesammten Konstruktion des Amts des Verwalters und dem Geiste der K.O. einer ausdrücklichen Vorschrift bedurft hätte. Außerhalb der geschäftlichen Thätigkeit unterliegt der Verwalter nicht einer Disziplinargewalt des Gerichts über seine Person und sein außerordentliches Verhalten, wenngleich dies zu einer Entlassung Veranlassung geben kann.

§ 76.

Das Gericht kann gegen den Verwalter Ordnungsstrafen bis zu zweihundert Mark festsetzen. Es kann denselben vor der auf seine Ernennung folgenden Gläubigerversammlung von Amtswegen, später nur auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses seines Amtes entlassen.[1])

Vor der Entscheidung ist der Verwalter zu hören.[2])

E. I. 82. P. 133. 215.

1) Eine Ordnungsstrafe kann das Gericht von Amtswegen oder auf Anregung von Gläubigern festsetzen; auch wiederholte wegen derselben Pflichtwidrigkeit, da § 76 dies nicht untersagt (v. Völdernborff II. S. 61; a.M. Petersen S. 309); indeß wegen derselben Pflichtwidrigkeit nur bis zum Gesammtbetrage von 200 Mark. Wegen einer anderen Pflichtwidrigkeit nochmals Ordnungsstrafen bis 200 Mark festzusetzen, ist durch § 76 ebenfalls nicht ausgeschlossen. Dagegen ist (gegen Wengler S. 443) eine Verwandlung der Ordnungsstrafen in Haft in Ermangelung einer dazu ermächtigenden Vorschrift nicht zulässig. Die Vorschriften des § 28 Str.G.B. und der §§ 345, 774, 775 C.P.O. sind nicht analog anzuwenden. Die „Ordnungsstrafen" des § 76 sollen nur den „Zweck haben, eine ersprießliche Geschäftsführung herbeizuführen", Mot. 306, 307, also nur Zwangsmittel sein. Sie sind weder kriminalrechtliche, noch auch nur Ungehorsamsstrafen. Die Vorschriften der §§ 774, 775 C.P.O. über Zulassung der Haft sind hier nicht wiederholt. Wenn die Geldstrafen „in dieser Höhe ihren Zweck verfehlen, so ist auf eine ersprießliche Geschäftsführung des Verwalters überhaupt nicht zu rechnen", sondern die Entlassung anheimzustellen, Mot. a. a. O.

Die Entlassung des ernannten Verwalters seitens des Gerichts soll nur vor der auf seine Ernennung folgenden Gläubigerversammlung von Amtswegen erfolgen dürfen. Mit dieser Versammlung hört dies Recht auch dann auf, wenn dieselbe keinen Verwalter gewählt hat oder der Gewählte nicht ernannt ist. Nach dieser Versammlung soll eine Entlassung niemals von Amtswegen erfolgen, um den Interessen der Gläubiger Rechnung zu tragen, zumal die Berufung einer Gläubigerversammlung zum Zwecke eines nach § 76 nöthigen Antrages nach § 85 auch von Amtswegen erfolgen kann. Mot. 307, Prot. 161.

Der Verwalter hat gegen die gemäß §§ 75, 76 ergehenden Beschlüsse das Recht zur Beschwerde ohne aufschiebende Wirkung. Anm. 5 zu § 66. Wird jedoch ein von der Gläubigerversammlung gewählter anderer Verwalter vom Gerichte ernannt, so ist dadurch der zuerst Ernannte in Folge des § 72 von selbst und ohne ein Recht zur Beschwerde entlassen; hierauf findet § 72 Anwendung, vgl. Anm. 2 zu § 72.

Nach der auf die Ernennung folgenden Gläubigerversammlung kann der Verwalter nur auf Antrag einer Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses, also nicht auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger entlassen werden. Er kann also selbst nicht (wie ein Liquidator „aus wichtigen Gründen" H.G. Art. 134) wegen Vertrauensmißbrauch, Rechtswidrigkeiten u. dergl. auf Antrag eines einzelnen Gläubigers durch Richterspruch entsetzt werden.

2) Abs. 2 bezieht sich sowohl auf die Anordnung von Geldstrafen, als auch auf die Entlassung. Vor der vom § 72 betroffenen Entlassung, welche dadurch erfolgt, daß statt des Ersternannten ein Gewählter ernannt wird, ist jedoch ein vorgängiges „Hören" im § 72 nicht vorgeschrieben. Ueber die Form des Gehörs vgl. Anm. 2 vor § 66. Das

Hören kann, dem Zwecke der Vorschrift gemäß, vor der Entlassung nur erforderlich sein, sofern es thunlich ist, Prot. 161, und ist, wenn der Verwalter geistig unfähig wird, zwecklos, sofern es nicht noch zur Konstatirung dieses Aufhebungsgrundes dienen muß.

§ 77.

Der Verwalter hat Anspruch auf Erstattung angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für seine Geschäftsführung. Die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung erfolgt durch das Konkursgericht.[1]

E. I. 83. P. 134. 215.

1) Eine Taxe für die Honorirung des Verwalters findet nicht statt. Das K.Gericht hat für die Festsetzung der Vergütung freies Ermessen. Im E. I. § 83 war bestimmt, daß die Einigung des Verwalters mit dem G.Ausschusse maßgebend sein und nur Mangels dieser Einigung das Gericht endgültig entscheiden solle. Die Mot. 307 bemerken hiergegen, daß die Mitglieder des G.Ausschusses selbst auf ein Honorar angewiesen sind und ein Paktiren des Verwalters mit dem Ausschusse leicht die unabhängige Stellung des Verwalters beeinträchtigen möchte. Die Leistungen des Verwalters und der Betrag der Masse seien in Betracht zu ziehen; ein absoluter Maßstab lasse sich für die Mannigfaltigkeit der Fälle nicht finden. — Zu den Auslagen gehört namentlich auch die Entschädigung für die nöthige Beschaffung eigner oder gemietheter Lokalitäten und die Remunerirung des zur Vermittelung der Geschäftsführung nöthigen Hülfspersonals. — Jeder Betheiligte, der Verwalter und jeder einzelne K.Gläubiger, hat gegen die Festsetzung das Recht zur Beschwerde.

Die Gebühren und Auslagen gehören zu den Massekosten. Anm. 3 zu § 51 Nr. 2.

§ 78.

Der Verwalter[1] hat bei der Beendigung seines Amts einer Gläubigerversammlung Schlußrechnung zu legen.[2] Die Rechnung muß mit den Belegen und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, mit dessen Bemerkungen spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niedergelegt werden.[3] Der Gemeinschuldner, jeder Konkursgläubiger und der nachfolgende Verwalter sind berechtigt, Einwendungen gegen die Rechnung zu erheben.[4] Soweit in dem Termine Einwendungen nicht erhoben werden, gilt die Rechnung als anerkannt.[5]

E. I. 84. P. 279. 199. 220.

1) „Der § 78 enthält Vorschriften über die Schlußrechnung des Verwalters, welche sowohl bei der Beendigung des Verfahrens, als innerhalb desselben bei einem Personenwechsel zur Anwendung kommen sollen. Sie gehen davon aus, daß die Bemängelung der Schlußrechnung ein individuelles Recht jedes Konkursgläubigers und des Gemeinschuldners ist, dessen persönliche Ausübung ihnen nicht entzogen werden darf. Für die Gläubiger liegt hierin das vorzüglichste Mittel, sich der pflichtmäßigen Beaufsichtigung des Verwalters durch den G.Ausschuß zu versichern. Als selbstverständlich ist ein noch gegenwärtiges Interesse zur Sache vorausgesetzt. Der vollständig befriedigte Gläubiger ist zur Rechnungsabnahme nicht legitimirt. Bei einer Beendigung des Konkurses durch Akkord fällt freilich die Masse dem G.Schuldner zur freien Verfügung zurück; für die Gläubiger ist es aber keineswegs gleichgültig, in welchem Umfange dies geschieht, auch ist noch immer ein Regreß derselben gegen den Verwalter aus schlechter

Geschäftsführung oder unrichtiger Darstellung der Sachlage möglich. — Für den Fall eines Personenwechsels könnte die Vertretung des G.Schuldners dem neu eintretenden Verwalter überlassen bleiben, dessen selbständige Befugniß zur Monitur sich aus dem § 5 ergiebt. Im Interesse des Letzteren aber, namentlich um demselben seine eigene Schlußrechnung zu erleichtern, empfiehlt es sich auch, den G.Schuldner zuzuziehen." Mot. 308.

2) Ueber den Zeitpunkt der Beendigung des Amtes vgl. Anm. 1 zu § 70. Kann der Verwalter (nach seinem Tode oder wenn er geistig unfähig geworden ist u. s. w.) nicht persönlich Rechnung legen, so bleiben zwar seine Erben, Vormünder u. s. w. dazu verpflichtet. Führt dies jedoch zu Verzögerungen oder überhaupt nicht zu einem praktischen Resultate, so wird der neue Verwalter im Interesse der Sache aus den Notizen und Akten seines Vorgängers bez. nach seinen Ermittelungen die Rechnung aufstellen müssen, ohne eine Verantwortlichkeit für dessen Handlungen zu übernehmen.

3) Als Form der Rechnung ist dadurch, daß sie auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist, die schriftliche gegeben. Die Rechnung hat sachgemäß übersichtlich im Anschluß an das Inventar (§ 114) die Verwerthung bez. den Verbleib aller Objekte der Masse und ebenso möglichst unter Gattungsrubriken die Ausgaben nachzuweisen. Der Gläubigerausschuß hat der Rechnung seine Bemerkungen, oder seine Erklärung, daß er nichts zu erinnern findet, beizufügen; wohl auch die von ihm etwa nach § 121 ertheilte Genehmigung zu Verfügungen des Verwalters zu erwähnen. In Betreff der Veranlassung des Termins vgl. § 150 u. Anm. dazu. In Folge des im § 78 anerkannten Rechtes sind der G.Schuldner, der nachfolgende Verwalter und jeder noch nicht befriedigte K.Gläubiger berechtigt, im Falle einer Verzögerung auf Niederlegung der Rechnung zu klagen. Dies Recht setzt indeß voraus, daß die Vornahme der Schlußvertheilung genehmigt ist bez. die Ansetzung des Schlußtermins erfolgt (§§ 149, 150), oder daß das Amt des Verwalters beendigt ist (§ 78). Außer dem Falle der Schlußvertheilung kann die Ansetzung eines Termins zur Rechnungslegung bei Beendigung des Amts des Verwalters gemäß §§ 85, 90 veranlaßt werden.

4) „Die Erledigung der Streitpunkte, welche bei der Rechnungslegung sich ergeben, muß nach den allgemeinen Vorschriften im Prozeßwege erfolgen." Mot. 308. Der G.Schuldner, jeder K.Gläubiger und der nachfolgende Verwalter können gegen den rechnungslegenden Verwalter im ordentlichen Prozeßverfahren (welches unter Umständen zu einem vorbereitenden Verfahren gemäß C.P.O. §§ 313—319 führen kann) klagen. Es wird sich nach der Sachlage richten müssen, ob die Klage auf Entschädigung zur K.-Masse (insbesondere seitens des nachfolgenden Verwalters bez. des G.Schuldners, aber auch des einzelnen K.Gläubigers) oder auf Entschädigung des G.Schuldners (besonders im Falle des Akkords seitens des G.Schuldners) oder auf Entschädigung von Gläubigern rücksichtlich ihrer individuellen Rechte zu richten ist; ebenso ob der Anspruch, so wie er erhoben wird, von dem Kläger allein oder nur von allen oder mehreren Berechtigten verfolgt werden kann. In Betreff der Resultate für die Masse bez. für einzelne Interessenten vgl. auch Anm. 1 zu § 150. Hinsichtlich des Gerichtsstandes ist neben dem allgemeinen der besondere der Verwaltung nach § 31 C.P.O. zu berücksichtigen.

5) Das im Schlußsatze ausgesprochene Präjudiz der Anerkennung der Rechnung, soweit Einwendungen nicht erhoben werden, bezieht sich nach dem Zusammenhange nur auf das Verhältniß der berechtigten Rechnungsabnehmer gegen den die Rechnung legenden Verwalter. Die Geltendmachung eines Regresses gegen den Verwalter ist an sich nicht von der Legung und Abnahme der Schlußrechnung unbedingt abhängig. Vgl. Striethorst 3, 83; 42, 194. Rassow und Küntzel Beiträge 24, 445. Sie ist andererseits durch den Schlußsatz des § 78 unbedingt für alle Einwendungen, welche nicht im Termine erhoben sind, ausgeschlossen, und zwar gegen Alle, welche im Termine

gemäß Satz 3 Einwendungen erheben können: G.Schuldner, K.Gläubiger und nachfolgende Verwalter; ohne Rücksicht, ob sie im Termine anwesend waren. Anm. 2 zu § 65. Aus dem Schlußsatze folgt ferner, daß der Regreß nur für die vorbehaltenen besonderen Einwendungen gewahrt wird. Ein allgemeiner Vorbehalt oder ein allgemeines Bestreiten genügt dazu nicht. Die Einwendungen müssen auch, um verfolgt werden zu können, im Termine erhoben werden, können jedoch durch Protokollbeilagen (C.P.O. § 146 Abs. 3) oder durch Bezugnahme auf frühere schriftliche Erklärungen festgestellt werden. Unter den Einwendungen sind, dem Sprachgebrauche der C.P.O. (vgl. §§ 560, 561) entsprechend nicht blos wahre Einreden zu verstehen, sondern alle gegen die Rechnung gerichteten, wenngleich nur bestreitende Erinnerungen. — Soweit nach dem bürgerlichen Rechte anerkannte Rechnungen wegen Irrthums, Betrugs nicht erwähnter Geschäfte ꝛc. angegriffen werden können, vgl. A.L.R. I. 14 §§ 145 ff., ist dies auch in Betreff hinsichtlich der ausdrücklich oder fingirt anerkannten Rechnung des Verwalters zulässig. — Für Vindikanten und Massegläubiger ist § 78 an sich nicht anwendbar; hinsichtlich des Schlußtermins vgl. indeß Anm. 2 zu § 150.

§ 79.

Vor der ersten Gläubigerversammlung kann das Gericht aus der Zahl der Gläubiger oder der Vertreter von Gläubigern einen Gläubigerausschuß[1)] bestellen.[2)]

Die Gläubigerversammlung hat über die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu beschließen. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind von der Gläubigerversammlung zu wählen. Zu Mitgliedern können Gläubiger und andere Personen gewählt werden.[3)]

E. I. 85. P. 128. 136a. 212 ff. Ges. v. 12. März 1869.

1) III. Der Gläubigerausschuß, §§ 79—84. Die K.O. geht nach den Mot. von dem Grundsatze aus, daß die Masse den Gläubigern zur möglichst freien Verfügung gestellt werde und die Gerichte von der Besorgung fremder Angelegenheiten, die Gläubiger von jeder Bevormundung befreit werden. Der Grundsatz tritt der gemeinrechtlichen Praxis entgegen, wonach eigentlich das Gericht (durch den Kurator als Organ des Gerichts) verwaltet. Folgerecht sollen die bedeutenden administrativen Obliegenheiten beseitigt werden, welche auch nach der preuß. K.O. bez. dem Ges. v. 12. März 1869 noch dem Gerichts-Kommissar und dem Gerichts-Kollegium theils durch stetige Verwaltungsaufsicht und durch das Erforderniß gerichtlicher Genehmigung von Verwaltungsakten, theils durch die gerichtsseitige Thätigkeit zur Bildung des Verwaltungsraths auferlegt sind. Die Gläubiger selbst und ein von ihnen frei gewählter, sie vertretender Ausschuß und nicht das Gericht sollen disponirend bestimmen. „Der Entw." — sagen die Mot. 310 — „faßt den Gläubigerausschuß als ein Vertretungsorgan der Gläubiger auf, durch freie Willensstimmung begründet und begrenzt, nicht einem öffentlichen Amte, sondern einem Mandatsverhältnisse entsprechend." Von diesem Grundsatze ist in der K.O. nur für die Zeit bis zur G.Versammlung hinsichtlich der Bildung des Ausschusses aus praktischen Gründen insofern eine Abweichung getroffen, als für diese Zeit das Gericht einen G.Ausschuß bestellen „kann" (Zusatz des Bundesraths Mot. 4, vgl. § 84). In dieser Zeit ist der Verwalter am wenigsten von der Sachlage unterrichtet, und ist seine Selbständigkeit bedenklich, während oft die wichtigsten für den ganzen Konkurs entscheidenden Maßregeln schon dann zu treffen sind. „Sobald jedoch die erste G.-Versammlung abgehalten wird, hat diese über die Beibehaltung des etwa vom Gerichte bestellten Ausschusses und jedes Mitgliedes frei zu beschließen. Mit der Beibehaltung

tritt vollkommen das obengedachte Mandatsverhältniß ein." Mot. 308—312. Durch die gesetzliche Fixirung der dem Ausschusse und der G.Versammlung übertragenen Befugnisse und Funktionen haben die Konsequenzen des Mandatsverhältnisses indeß eine Grenze nach der Richtung hin erhalten, daß die Versammlung nicht selbst die dem Ausschusse übertragenen Funktionen übernehmen kann. Will sie dieselben ausüben lassen, so muß sie den Ausschuß dazu wählen. Folgerecht gilt dies nicht nur von der Gesammtthätigkeit des Ausschusses, sondern ebenso von jedem einzelnen zu dessen Funktionen gehörigen Akte. Vgl. Anm. zu § 82 und Anm. 1 zu § 85.

2) Gerichtlich bestellter, provisorischer G.Ausschuß, Abs. 1. Wird ein Ausschuß vom Gerichte bestellt, so gilt derselbe als kraft richterlicher Anordnung gesetzlich bestellter Vertreter der Gläubiger innerhalb der gesetzlichen Befugnisse eines Ausschusses, wie der Verwalter gesetzlicher Vertreter des G.Schuldners ist. Das Gericht ist bei der Bestellung auf die Zahl der K.Gläubiger und ihrer Vertreter beschränkt (eine fernere Beschränkung auf „die am Orte wohnhaften" ist von der R.K. gestrichen, Prot. 63), und das Gericht kann seine Ernennung widerrufen, § 84. Die richterliche Bestellung, der Widerruf des Gerichts und die Funktionirung dieses Ausschusses finden indeß nur vor der ersten, im Konkurse überhaupt stattfindenden, G.Versammlung Anwendung. Nach derselben hat das Gericht keine Befugniß zur Ernennung eines Ausschusses oder Ausschußmitgliedes; auch nicht, wenn ein solches oder alle durch Tod ausscheiden oder erst spätere Umstände die Bestellung eines Ausschusses wünschenswerth machen. Bis zur ersten G.Versammlung hat der vom Gerichte bestellte Ausschuß dieselben Rechte und Pflichten, wie ein von der G.Versammlung gewählter.

3) Gewählter, definitiver G.Ausschuß, Abs. 2. Nach E. I. § 85 sollten obligatorisch in jedem Verfahren ein Ausschuß von mindestens drei Mitgliedern aus der Zahl der Gläubiger oder deren Vertreter, sowie Ersatzmänner für Fälle der Verhinderung gewählt werden. Nur in dem, vom E. I. §§ 214, 215 projektirten, abgekürzten K.Verfahren sollte die Bestellung eines G.Ausschusses unterbleiben können. Nach § 79 ist indeß für alle Konkurse jeder Zwang beseitigt, um das Selbstbestimmungsrecht der Betheiligten nicht zu beeinträchtigen. Die Gläubiger sind nicht gezwungen, zu wählen; niemand ist gezwungen, eine Wahl anzunehmen; die Wahl ist weder hinsichtlich der Anzahl, noch durch das Erforderniß der Eigenschaft als Gläubiger bez. Vertreter oder einer sonstigen Eigenschaft, noch durch die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Bestätigung der Wahl beschränkt. Mot. 310. Jeder, welcher ein Mandat annehmen kann, also entsprechend der C.P.O. §§ 75, 51 jede prozeßfähige Person, mithin auch eine Ehefrau, kann als Mitglied gewählt werden. Auch der an sich rechtsfähig bleibende G.Schuldner ist von der Wählbarkeit nicht ausgeschlossen. Für eine Kollision der Interessen giebt die Funktion als Ausschußmitglied in der Regel keinen Raum. In den Ausnahmefällen, vgl. §§ 163, 164, hat der G.Schuldner sich natürlich der Mitbeschließung als Ausschußmitglied zu enthalten. — Vorausgesetzt ist im Gesetz durch dessen Ausdrucksweise eine Mehrheit von Mitgliedern („Ausschuß", „die Mitglieder"), ohne sonstige Beschränkung hinsichtlich der Zahl. Daß mehr als Zwei gewählt werden müßten, wie v. Sarwey S. 464 meint, ist weder durch das Gesetz, noch begrifflich vorgeschrieben; die Praxis läßt Ausschüsse von 2 Mitgliedern als unbedenklich zu. Die Wahl von Ersatzmännern ist ebenfalls nicht ausgeschlossen und unter Umständen rathsam. Die Gewählten selbst haben in Folge des auf persönlichem Vertrauen sich gründenden Mandatsverhältnisses kein Recht zur Substitution; doch kann ihnen ein solches von der G.Versammlung, auf Gläubiger oder sonst beschränkt oder auch unbeschränkt, übertragen werden. Vgl. A.L.R. I. 13 §§ 37 ff. Werden mehrere Verwalter ernannt, § 71, so kann in Ermangelung einer desfallsigen Beschränkung für jeden Verwalter ein besonderer Ausschuß gewählt werden. v. Völdernborff II. S. 76, 77; Wengler S. 452.

Die Wahlbefugniß gemäß § 79 Abs. 2 in Verbindung mit der Befugniß zur Entlassung nach § 84 hat nicht blos die erste G.Versammlung, § 102, sondern jede spätere nach §§ 85—90 gesetzlich berufene und beschließende Versammlung. Sie kann jederzeit die Zahl der Mitglieder des Ausschusses vermehren oder vermindern. Vgl. jedoch Anm. zu § 91. Wenn die Gewählten die Wahl nicht annehmen oder wenn in Folge der Nichtannahme oder aus anderen Gründen nur ein Ausschuß-Mitglied bleibt, so besteht bis zur desfallsigen neuen Beschließung einer zu veranlassenden G.Versammlung kein Ausschuß mehr.

Will die G.Versammlung einen Ausschuß nicht wählen, so gehen dessen Funktionen (außer der vorläufigen Beschließung nothdürftigen Unterhalts für den G.Schuldner und dessen Familie nach § 118 Abs. 1) nicht auf das Gericht über, sondern fallen theils der G.Versammlung zu, theils ganz fort. §§ 121 ff. Der etwa vom Gerichte bestellte Ausschuß ist als solcher jedenfalls nur bis zur Beschließung der G.Versammlung legitimirt. Die G.Versammlung mag dieselben Ausschußmitglieder oder andere oder gar keinen wählen, bez. auch gar nicht über die Bestellung eines Ausschusses beschließen. Soweit von ihr dieselben Mitglieder gewählt werden, fungiren sie als von ihr bestellt weiter. Durch das Schweigen bez. ein Nichtbeschließen der G.Versammlung wird der provisorische gerichtliche Ausschuß nicht bestellt, sondern erklärt, daß kein Ausschuß bestellt werden soll. Daß dann jener noch nach der ersten G.Versammlung in Kraft bleiben solle, folgt aus Abs. 1 nicht nur nicht, sondern wird durch das auch in den Mot. betonte nur provisorische Verhältniß, bis eine G.Versammlung beschließen könne, und durch den, auf dem Mandat der Gläubiger beruhenden Charakter eines nach der ersten G.Versammlung bestehenden Ausschusses widerlegt. v. Sarwey S. 464. A.M. Hullmann S. 230.

Ueber die Berufung der Versammlung und die Wahl bestimmen die §§ 102, 85 ff. Mit der Annahme der Wahl beginnen die gesetzlichen Funktionen. Anm. 1 zu § 70. Eine Vereidigung oder Verpflichtung der Mitglieder ist nicht vorgeschrieben. Zur Legitimation dient nöthigenfalls das Wahlprotokoll und für den vom Gerichte nach Abs. 1 bestellten Ausschuß die gerichtsseitig zu beurkundende Bestellung.

§ 80.[1]

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben den Verwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Dieselben können sich von dem Gange der Geschäfte unterrichten, die Bücher und Schriften des Verwalters einsehen und den Bestand seiner Kasse untersuchen.

Der Gläubigerausschuß ist berechtigt, von dem Verwalter Berichterstattung über die Lage der Sache und die Geschäftsführung zu verlangen. Er ist verpflichtet, die Untersuchung der Kasse des Verwalters wenigstens ein Mal in jedem Monate durch ein Mitglied vornehmen zu lassen.

E. I. 86. P. 217. 222. ff.

1) Die im Abs. 1 den Mitgliedern des G.Ausschusses zugewiesenen Funktionen sind nicht vom Einzelnen nach seinem Belieben auszuüben, sondern ebenso wie im Abs. 2 ausgedrückt ist, nur von den Mitgliedern als Ausschuß, als welcher sie nach § 79 nur bestellt und auch sonst in der K.O. bezeichnet werden, also von ihnen insgesammt oder auf Grund eines Beschlusses des Ausschusses von Delegirten desselben auszuüben. Durch einen, von der G.Versammlung nach § 120 Abs. 2 gefaßten Beschluß über Berichterstattung und Rechnungslegung werden weder die Rechte des Ausschusses aus § 80 beseitigt, noch seine Pflicht, bei eigener Verantwortlichkeit von den Rechten einen entsprechen-

den Gebrauch zu machen. Außer der allgemeinen Befugniß zur Kenntnißnahme und Berichterforderung (§ 80 Abs. 1) hat der Ausschuß insbesondere die Kasse des Verwalters monatlich zu revidiren, § 80 Abs. 2, dessen Geldverkehr und Rechnungslegung zu kontrolliren, §§ 125, 78, über die Genehmigung von Verwaltungsakten in einzelnen Fällen zu beschließen, §§ 113, 118, 121, 122, 125, bei Vornahme von Vertheilungen mit zu bestimmen, §§ 138, 147, über Vorschläge von Zwangsvergleichen theils bestimmend, theils gutachtlich sich zu erklären, §§ 163, 164, 170, und ist befugt, die Entlassung des Verwalters, § 76, sowie die Berufung einer G.Versammlung, § 85, zu beantragen; sowie vom G.Schuldner Auskunft zu erfordern, § 92.

§ 81.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden. [1]

E. I. 86. P. 214. Nr. 3.

1) Die Haftpflicht gemäß dem § 81 (dem § 74 entsprechend bestimmt) gilt mit Rücksicht auf die rechtliche Stellung der Mitglieder des Ausschusses als der Beauftragten der Gläubiger (Anm. 1, 2, 3 zu § 79) für das Verhältniß gegenüber den Gläubigern. Nur diesen gegenüber stehen die Ausschußmitglieder durch die Wahl (bez. vor der ersten G.Versammlung durch die vom Gericht ihnen beigelegte Vertretungsbefugniß) in einem Mandatsverhältnisse. Eine gleiche Haftung dem G.Schuldner gegenüber (mit Petersen S. 318, 319) anzunehmen, widerspricht dem Rechtsgrunde ihrer Stellung, welche von der des Verwalters abweicht, weil sie lediglich Vertreter der Gläubiger zu sein die Bestimmung haben. Die von Petersen herangezogene Stellung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft findet auf die wesentlich kontrollirende Thätigkeit des Ausschusses keine analoge Anwendung, sondern höchstens (wenn überhaupt, vgl. Anm. 1 zu § 85) auf die des Verwalters. Inwieweit sie dem G.Schuldner oder Dritten gegenüber haften, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Entschädigungspflicht, welche Jemand gegen einen Dritten außerhalb eines Kontraktsverhältnisses hat, zu entscheiden. Vgl. auch v. Sarwey S. 465, 466. — Ueber den Grad der Sorgfalt des § 81 vgl. Anm. zu § 74. — Hat ein Mitglied allein gehandelt, so haftet es dafür auch allein. Die Haftung für gemeinschaftliche Handlungen richtet sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über die Haftung mehrerer Bevollmächtigter. Nach gemeinem und preußischem Rechte haften sie solidarisch, soweit nicht Einzelne dem Beschlusse des Ausschusses fremd sind oder demselben widersprochen haben. A.L.R. I. 13 §§ 201 ff., I. 5, §§ 424 ff. Stieglitz S. 440.

Ueber die Form der Verfolgung von Ansprüchen aus versäumter Sorgfalt von Ausschußmitgliedern enthält die K.O. keine Vorschriften. Formell ist sowohl der Verwalter (etwa der Nachfolger eines früher ungenügend kontrollirten) als der zur Verwaltung der Masse im Interesse aller K.Gläubiger Berechtigte und Verpflichtete zur Verfolgung von Rechtsansprüchen zu Gunsten der Masse legitimirt, § 5, als auch der einzelne K.Gläubiger zur Verfolgung solcher Ansprüche, welche ihm wegen Verletzung seiner individuellen Rechte zustehen. Vgl. Anm. 1, 3 zu § 78. Die G.Versammlung kann eine direkte Verfolgung (etwa durch einen Bevollmächtigten derselben) nicht beschließen, da die Gesammtheit der Gläubiger als Rechtssubjekt von der K.O. nicht anerkannt wird und die G.Versammlung nur über die ihr in der K.O. zugewiesenen Gegenstände beschließen und sonst keine direkten Verwaltungsmaßregeln anordnen kann. Anm. zu I. Tit. 1, Ueberschr. u. Anm. 1 zu § 85.

§ 82.

Ein Beschluß des Gläubigerausschusses ist gültig, wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlußfassung Theil genommen hat, und der Beschluß mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Simmen gefaßt ist.[1]

E. I. 87. P. 218.

1) Dem Ausschusse bleibt überlassen, seine Geschäftsordnung selbst zu regeln, die Form der Berufung, die Leitung der Verhandlungen, die Art der Abstimmung, „welche unbedenklich in geeigneten Fällen auch auf schriftlichem Wege geschehen kann", die Beurkundung, Mittheilung und Ausführung der Beschlüsse selbst zu bestimmen. Mot. 313. Im § 82 sind deshalb nur die gesetzlichen Bedingungen der Gültigkeit eines Beschlusses festgesetzt. Zur Feststellung der Bedingung, daß die absolute Mehrheit der am Beschlusse Theilnehmenden genügt — vorausgesetzt, daß die Theilnehmenden selbst die Mehrheit der ernannten Mitglieder bilden —, ist von der R.K. (in Uebereinstimmung mit den Mot.) das Wort: „abgegebenen" vor „Stimmen" eingeschaltet. Daß die Mehrheit der abgegebenen Stimmen zugleich die Mehrheit der Ausschußmitglieder bildet, ist nicht nöthig. Wenn der Ausschuß aus 9 Mitgliedern besteht, und 5 Mitglieder erscheinen, so ist der von 3 derselben gefaßte Beschluß gültig. Prot. 63. Der Vorsitzende giebt beim Beschlusse nicht den Ausschlag und auch der Ausschuß kann dies durch seine Geschäftsordnung gegen das Gesetz des § 82 nicht bestimmen. — Das dem Gerichte nach § 91 gegen Beschlüsse der G.Versammlung zustehende Veto ist gegen Beschlüsse des Ausschusses nicht statthaft. Prot. 63.

Die Mot. bemerken ferner S. 313: „Tritt der offenbar seltene Fall ein, daß eine absolute Mehrheit nicht zu erzielen ist, so unterbleibt entweder der angestrebte Beschluß, oder der Ausschuß wird, wenn ein Beschluß gefaßt werden muß, sich über die Berufung einer G.Versammlung (§ 85) sicher verständigen. Die G.Versammlung allein kann bei Meinungsverschiedenheiten ihres Ausschusses den Ausschlag geben; gerade so, wie sie berechtigt ist, denselben an Instruktionen zu binden, deren Ueberschreitung die Mitglieder den Gläubigern gegenüber verantwortlich macht." Der letzte Satz (welchen die Mot. v. 1873 noch nicht enthalten und Fuchs S. 90, 93 ohne Weiteres als Grundsatz proklamirt) hat jedoch im Gesetze nicht nur keinen Ausdruck gefunden, sondern verschiebt die Stellung des Ausschusses und der Versammlung, und die Verantwortlichkeit des Ersteren in höchst bedenklicher Weise. Er widerspricht geradezu den zur Einleitung der Stellung der G.Versammlung zu §§ 85 ff. unmittelbar folgenden Worten der Mot.: „Durch die Einsetzung eines verantwortlichen G.Ausschusses wird es möglich, die Gesammtheit der Gläubiger von der eigentlichen Verwaltung fern zu halten." Mot. 313. In der That hat die G.Versammlung nach der ihr vom Gesetze angewiesenen Stellung über nichts Anderes zu beschließen, als die K.Ordnung gestattet, am wenigsten andere Funktionen des Ausschusses selbst zu übernehmen, und dessen Verantwortlichkeit durch Instruktionen abzuschwächen, deren Anwendbarkeit für eine spätere im Voraus nicht zu übersehende Zukunft in vielen Fällen fragwürdig bleibt. Die Unzulässigkeit der selbsteignen Thätigkeit der G.Versammlung statt des Ausschusses folgt daraus, daß die K.O. direkt die Grenzen vorschreibt, innerhalb welcher der Ausschuß und bez. die G.Versammlung als Organe und Vertreter der Gläubiger zu gelten haben. Vgl. Anm. 1 zu § 79 und zu § 85. A.M. v. Völderndorff II. S. 86; Wengler S. 455. Ist ein Mehrheitsbeschluß des Ausschusses nicht zu erreichen und muß ein Beschluß gefaßt werden, so kann praktisch die G.Versammlung nur indirekt dadurch einwirken, daß sie eine Vermehrung oder andere Zusammensetzung des Ausschusses beschließt, was ihr nach §§ 79 Abs. 2, 85 freisteht. In gleicher Weise kann sie die Ausführung eines Beschlusses des

Ausschusses verhindern. Den ausgeführten Beschluß, aus welchem ein Dritter bereits Rechte erlangt hat, kann sie nicht abändern, wie auch der Machtgeber die Handlung seines Bevollmächtigten nicht ungeschehen machen kann.

§ 83.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben Anspruch auf Erstattung angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung.[1] In Ermangelung einer Einigung mit der Gläubigerversammlung erfolgt die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung durch das Konkursgericht.[2]

E. I. 89. P. 219.

1) Der E. I. § 89 wollte, wie auch P. § 219, die Ausschußmitgliedschaft als Ehrenamt ansehen, und den Mitgliedern nur baare Auslagen erstatten lassen. In der Vork. hat indeß „ein hochangesehener Kaufmann" das Prinzip der Vergütung durchgesetzt. Nur dann könne man die größere Thätigkeit, welche die K.O. erfordert, verlangen und die Mitglieder gemäß § 81 verantwortlich machen. In der R.K. wurden Anträge auf Streichung der Vergütung bez. auf deren Beseitigung, sofern sie solche nicht bedungen haben, zwar gestellt, indeß zurückgenommen. Mot. 311. Prot. 64 ff.

2) Im Falle einer Einigung des Ausschusses bez. der einzelnen Mitglieder, von welchen hinsichtlich dieser jura singulorum keines an einen „Beschluß" des Ausschusses gebunden ist, mit der G.Versammlung ist das Resultat dieser Einigung maßgebend, da die Mitglieder des Ausschusses Mandatare der Versammlung sind, welche zugleich die hinsichtlich der Masse identischen Interessen des G.Schuldners vertritt. Das Veto des Gerichts gemäß § 91 kann indeß die Einigung beseitigen, und es bleibt dann nur übrig, eine andere Vereinbarung zu treffen, gegen welche kein Veto eingelegt wird oder die subsidiäre gerichtliche Festsetzung zu veranlassen.

Nur in Ermangelung einer Einigung erfolgt die Festsetzung durch das Konkursgericht (nicht durch ein Prozeßgericht) nach dessen freiem Ermessen, wie nach § 77, vorbehaltlich des Beschwerderechts der Betheiligten gemäß § 66 Abs. 3. Anträge in der R.K., dem K.Gericht nur die Festsetzung der in unbestimmter Höhe bedungenen Vergütung zu überlassen, demselben die Herabsetzung der bedungenen Vergütung zu gestatten bez. die Festsetzung unbedingt durch das K.Gericht nach Anhörung der G.Versammlung erfolgen zu lassen, sind theils zurückgenommen, theils abgelehnt. Prot. 64—68.

§ 84.

Die durch das Gericht erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses kann von dem Gerichte,[1] die durch die Gläubigerversammlung erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses durch Beschluß der Gläubigerversammlung widerrufen werden.[2]

E. I. 88. P. 912.

1) Dem Mandatsverhältnisse entsprechend kann die G.Versammlung die Mitglieder ihres Ausschusses entlassen und ihre Berufung als solche „widerrufen." Für die Zeit bis zur ersten G.Versammlung (vgl. Anm. 2 zu § 79) kann das Gericht die von ihm ausgegangene Bestellung widerrufen. In der späteren Zeit fungirt indeß ein ursprünglich vom Gerichte ernanntes Mitglied keinenfalls mehr auf Grund dieser Ernennung, sondern, wenn überhaupt, nur auf Grund der Bestellung der G.Versammlung. Anm. 3 zu § 79. Der Widerruf steht daher dann nur der letzteren zu.

2) Das Mitglied des Ausschusses hat kein Widerspruchsrecht gegen den Widerruf, weder des Gerichts, so lange derselbe zulässig ist, noch einer G.Versammlung; weil der Bevollmächtigte kein Widerspruchsrecht gegen den Vollmachtswiderruf seines Machtgebers hat. Gründe des Widerrufs brauchen nicht angegeben zu werden. Er ist ein freier Willensakt, wie die Wahl. Von den Formen und dem Makel eines Entlassungsverfahrens (wie es P. § 219 vorschreibt, wenn das Mitglied „seinen Verpflichtungen nicht gehörig nachkommt", was ganz unpraktisch geblieben war) ist Abstand genommen. Mot. 311. Während indeß für die Wahl relative Stimmenmehrheit in der Generalversammlung genügt, ist für den Beschluß des Widerrufs absolute Stimmenmehrheit nöthig, § 86.

In Folge des durch den Ausdruck „Widerruf" bestätigten Mandatsverhältnisses kann auch das Ausschußmitglied seinerseits sein Amt zu jeder Zeit niederlegen, wie der Bevollmächtigte die Vollmacht aufkündigen kann. Den Regeln des Mandats gemäß kann er jedoch nicht zur Unzeit kündigen, also nicht etwa so, daß durch seinen Austritt der Ausschuß beschlußunfähig wird, während dringende Angelegenheiten durch den Ausschuß zu erledigen sind. Ebenso muß er dem Mandatsverhältnisse entsprechend je nach den Umständen durch Beibehaltung des Amts bis zum Ersatze die nöthigen Vorsichtsmaßregeln treffen, wenn er sich nicht nach § 81 regreßpflichtig machen will. A.L.R. I. 13 §§ 172 ff.; Code civ. art. 2007, 2010; § 11 Instit. de mand.

§ 85.

Ueber die Berufung der Gläubigerversammlung[1)] beschließt das Gericht.[2)] Die Berufung muß erfolgen, wenn sie von dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse oder von mindestens fünf Konkursgläubigern, deren Forderungen nach der Schätzung des Gerichts den fünften Theil der Schuldenmasse erreichen, beantragt wird.[3)]

Die Berufung muß öffentlich bekannt gemacht werden.[4)] Der öffentlichen Bekanntmachung bedarf es nicht, wenn in einer Gläubigerversammlung eine Vertagung der Verhandlung angeordnet wird.[5)]

E. I. 90.

1) IV. Die Gläubigerversammlung, §§ 85—91. Auf das Verhältniß und die Befugnisse der Versammlung der K.Gläubiger (vgl. § 87) findet ungeachtet der äußerlich anscheinenden Aehnlichkeit eine Analogie der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft in keiner Weise statt. Die K.O. kennt keine G.Gesellschaft als einheitliches Rechtssubjekt (Vorbem. vor § 1), sondern nur eine Versammlung, in welcher die einzelnen Gläubiger als einzelne Berechtigte zusammenkommen und über gemeinsame Angelegenheiten in bestimmter gesetzlich geordneter Weise beschließen. In diesen gesetzlich zugelassenen Fällen soll die Minderheit durch den Beschluß der Mehrheit (vorbehaltlich des im § 91 gegebenen Korrektivs) gebunden sein, damit nicht das gleiche Recht Aller dadurch bedenklich gefährdet wird, daß ein Einzelner sein Interesse auf Grund formalen Rechts durchsetzen könnte. Mot. 17, 18. Aus dieser gesetzlichen Grundlage der G.Versammlung folgt, daß dieselbe nicht über alle gemeinsamen Interessen der Gläubiger — dies würde die gesammte Verwaltung der K.Masse sein, § 5 — beschließen und ihren Willen nicht durch beliebige Mittel oder Formen durchsetzen kann. Der Inhalt der Beschlüsse kann nur die Ausübung derjenigen Befugnisse sein, welche der Versammlung in der K.O. zugestanden ist, und die Mittel und Formen zur Ausführung der Beschlüsse sind durch die Vorschriften der K.O. beschränkt. Die Versammlung kann daher weder gegen den Verwalter noch gegen Ausschußmitglieder Rechtsansprüche, noch auch gegen Andere irgend welche Ansprüche, noch gegen den Verwalter ein an ihn gestelltes Verlangen im gemein-

samen Interesse der Gläubiger durch Klage oder durch Bevollmächtigung Anderer geltend machen. Die G.Versammlung als solche hat auch kein Rechtsmittel der Beschwerde, da sie überhaupt kein Rechtssubjekt ist; wie deßhalb auch die für die Beschwerde vorausgesetzte Zustellung einer Entscheidung an die G.Versammlung als solche nicht erfolgen kann. Vgl. Anm. 3, 4 zu § 66. v. Völdernbdorff II. S. 94. A.M. Petersen S. 299, 323. Hullmann S. 223. Ebensowenig kann die G.Versammlung die Funktionen des Verwalters oder des Ausschusses ganz oder theilweise übernehmen, da die K.O. dies nicht als zulässigen Gegenstand ihrer Beschlußfassung bezeichnet hat. Anm. 1 zu § 79. Noch weniger dürfen die individuellen Rechte einzelner Gläubiger (jura singulorum) außerhalb der positiven Gesetzesvorschriften gemäß den allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch einen Beschluß verletzt werden. Der Inhalt der Beschlüsse ist vielmehr durch die K.O. (abgesehen von dem formalen Beschlusse einer Vertagung der Verhandlung, § 85 Abs. 2) beschränkt auf Vorschläge zur Ernennung eines Verwalters, § 72, Anträge auf Entlassung desselben, § 76, Bestellung eines G.Ausschusses, Widerruf der Bestellung eines Ausschußmitgliedes und Bewilligung seiner Auslagen und Gebühren, §§ 79, 83, 84, Berichterstattung seitens des G.Schuldners und des Verwalters, §§ 92, 119, Beschlüsse über die in den §§ 120, 122, 123, 125, 150 bezeichneten Verwaltungsakte, und über die Annahme eines Zwangsvergleichs, § 169. Außerdem können die einzelnen Gläubiger als solche die ihnen gemäß §§ 78, 130, 135 zustehenden Befugnisse betreffs der Rechnungslegung der Verwalters und der Prüfung von Forderungen in der G.Versammlung geltend machen.

2) Nur das K.Gericht kann eine G.Versammlung berufen. Die Berufung der G.-Versammlung muß in den gesetzlich ausdrücklich vorgeschriebenen Fällen (§§ 202, 150, 166) erfolgen; ferner dann, wenn sie gemäß dem Satz 2 beantragt wird. Falls das Gericht von der Befugniß einer vorläufigen Untersagung einer Verwaltungshandlung gemäß § 123 Abs. 2 Gebrauch gemacht hat, so muß es ebenfalls eine G.Versammlung berufen. Außerdem kann das Gericht jederzeit von Amtswegen oder auf Anregung von Vorfällen oder Anträgen auch ohne die Erfordernisse des zweiten Satzes die Berufung beschließen. In Betreff des Orts der G.Versammlung findet C.P.O. § 196 entsprechende Anwendung, § 65. In allen Fällen haben alle Betheiligten das Recht zur Beschwerde nach § 66: gegen die Ablehnung der Berufung, wenn die gesetzlichen bez. Antrags-Erfordernisse vorhanden sind; gegen die Berufung, wenn diese Erfordernisse nicht vorhanden sind bez. zu einer Berufung von Amtswegen über den bekannt zu machenden Gegenstand (§ 90) kein sachgemäßer Grund vorliegt: gegen die Anordnung über Ort oder Zeit des Termins. Das Recht zur Beschwerde ist formell nicht beschränkt.

3) Satz 2. Das Gericht hat dem Antrage auf Berufung stattzugeben, wenn er entweder vom Verwalter oder vom G.Ausschusse oder von mindestens fünf K.Gläubigern, deren Forderungen den fünften Theil der Schuldenmasse erreichen, gestellt wird. Da eine Präklusion der Gläubiger nicht stattfindet, so ist der fünfte Theil der zur Zeit der Berufung sich herausstellenden Schuldenmasse maßgebend. Die „Schuldenmasse" ist nur die Summe der K.Forderungen, s. § 87 und II. Tit. 4. Das Gericht hat die festgestellten K.Forderungen selbstredend in der festgestellten Höhe zu berechnen; der „Schätzung" nach dem Ermessen des Gerichts unterliegen nur die ungeprüften, streitigen und Ausfallsforderungen gemäß §§ 87, 88. Gegen die Schätzung des Gerichts hinsichtlich der letzteren ist entsprechend der Unanfechtbarkeit der Entscheidung über das Stimmrecht nach §§ 87, 88 eine Beschwerde unzulässig. v. Völdernbdorff II. S. 98. Stieglitz S. 445.

4) Abs. 2. Die Bekanntmachung ist nach § 68 zu erlassen, und muß bei entsprechender Anwendung der C.P.O. § 188 und gemäß K.O. § 90 die Bezeichnung des K.-Gerichts, der K.Sache, den etwaigen Antrag, die Zeit des Termins und die Gegenstände der Beschlußfassung bez. die Zwecke der Ladung enthalten.

5) Vorausgesetzt ist im letzten Satze, daß eine Vertagung auf einen sofort bestimmten und verkündeten Termin erfolgt. C.P.O. § 195. „Wenn ein Termin nicht gleichzeitig angesetzt ist, muß natürlich öffentliche Bekanntmachung erfolgen". Prot. § 68. Dies ist auch im Abs. 2 dadurch ausgedrückt, daß die Anordnung der Vertagung in der G.Versammlung erfolgt sein muß, zur Anordnung aber auch die Bestimmung des neuen Termins gehört. Die Vertagung kann von der Versammlung beschlossen werden, vorbehaltlich der Bestimmung des neuen Termins, welche immer dem Gerichte zusteht. C.P.O. § 193. Neben der Verkündung des neuen Termins noch besondere Zustellungen zu erlassen, ist auch bei Vertagung der Termine der §§ 103, 166 nicht nöthig, weil im Abs. 2 nicht vorgeschrieben. v. Völdernborff II. S. 99, 100. Wegen des § 166 vgl. auch Anm. 7 zu § 169. — Der neue Termin ist folgerecht nur die Fortsetzung des früheren. Soll im ferneren Termine noch über andere Gegenstände, als über die Tagesordnung des ersten verhandelt werden, so wird nicht blos die Verhandlung des früheren Termins vertagt, welche durch den bekannt gemachten Gegenstand beschränkt ist, § 90, sondern es ist eine öffentliche Bekanntmachung nöthig.

Das Gericht kann auch von Amtswegen Terminsverlegung, Vertagung der Verhandlung oder Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung anordnen, § 86 Abs. 1, C.P.O. § 206, desgleichen schon vor dem Termine auf Antrag dessen Verlegung bestimmen, C.P.O. § 205.

§ 86.

Die Gläubigerversammlung findet unter der Leitung des Gerichts statt.[1]

Die Beschlüsse[2] der Gläubigerversammlung werden mit absoluter Mehrheit der Stimmen gefaßt. Für die Wahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses genügt relative Mehrheit der Stimmen.

Die Stimmenmehrheit ist nach den Forderungsbeträgen zu berechnen. Bei Gleichheit der Summen entscheidet die Zahl der Gläubiger.[3]

E. I. 91. 93.

1) Die Leitung des Gerichts soll nicht in die sachliche Erörterung eingreifen und nur eine „formelle sein, insbesondere „zur Erledigung vorkommender Legitimationsstreitigkeiten und zur urkundlichen Feststellung der Verhandlungsresultate". Mot. 294, 314. Hinsichtlich der anwendbaren Vorschriften der C.P.O. und des G.V. in Betreff der Leitung der Verhandlung sowie des Protokolls darüber vgl. Anm. 2 zu § 66. Das Gericht hat die gesetzlichen Befugnisse zur Aufrechterhaltung der Ordnung gegen Alle, auch gegen den Verwalter ohne Beschränkung auf die Maßregeln aus § 76, welcher keine Beschränkung jener allgemeinen Befugnisse enthält, sondern nur neben den allgemeinen für Alle geltenden Bestimmungen noch besondere für die Verwalter-Thätigkeit giebt.

2) Zur Wirksamkeit eines Beschlusses ist nöthig, daß die Versammlung (außer dem Falle einer Vertagung) vom Gerichte durch öffentliche Bekanntmachung berufen ist, § 85 Abs. 2, daß der Gegenstand der Verhandlung aus der Bekanntmachung hervorgeht, § 90, und die Verhandlung selbst unter Leitung des Gerichts stattfindet, § 86 Abs. 1. „Eine Versammlung, bei welcher diese Voraussetzungen nicht zusammentreffen, kann für ihre Verhandlungen keinerlei rechtliche Wirkungen in Anspruch nehmen". Mot. 314. Außerdem ist zur Wirksamkeit eines Beschlusses erforderlich, daß der Gegenstand in sachlicher Beziehung der Beschlußfassung einer G.Versammlung gesetzlich unterliegt.

3) Erforderlich ist in allen Fällen zum gültigen Beschlusse die Summenmehrheit der Forderungsbeträge. Die Forderungen sind dabei (unter Berücksichtigung der §§ 87,

88) so zu berechnen, wie sie als K.Forderungen geltend gemacht werden können und gemacht sind; also einschließlich der Zinsen, Kosten und Vertragsstrafen, soweit sie nach § 55 mit zu berechnen sind, und ausschließlich der Forderungen, welche nach § 56 überhaupt im Konkurse nicht geltend gemacht werden können. Der E. 1 § 91 verlangte für alle Beschlüsse zugleich die einfache Mehrheit der Zahl der Personen und der Summe ihrer Forderungen, weil die Systeme der Personen- oder Summenmehrheit Verletzungen zur Folge hätten, und die Schwierigkeit in Fällen, worin ein Beschluß erfolgen müsse, nur zu wohlthätigen Kompromissen nöthige. Dies Prinzip ist indeß für solche Fälle nicht praktisch gefunden, Prot. 68.

Als Regel wird die absolute Summenmehrheit erfordert, und zwar (wie § 82) ein Betrag über die Hälfte der Gesammtsumme der im Termine vertretenen Gläubiger, § 89. Die Erschienenen, welche sich an einer Abstimmung nicht betheiligen, also hierbei nicht mit verhandeln, sind für diesen Akt als nicht erschienen anzusehen, entsprechend dem für einen solchen Fall natürlichen Grundsatze des § 298 C.P.O., wenngleich die Vorschrift des § 298 selbst im Systeme der C.P.O. eine andere hier auch nicht analog anwendbare Bedeutung hat. Für beide Sätze des Abs. 2 ist also nur die Mehrheit der abgegebenen Stimmen nöthig, welche bei einer relativen Mehrheit (Satz 2) ohnehin allein in Betracht zu ziehen ist. In dieser Beziehung hat ein Unterschied zwischen den beiden Sätzen nicht gemacht werden sollen. Mot. 316. Vgl. v. Völderndorff II. S. 106; Petersen S. 325, 326; Stieglitz S. 446.

Von der Regel der absoluten Mehrheit abweichend genügt für die Wahl der Ausschußmitglieder die relative Mehrheit der abgegebenen Stimmen; also eine Mehrheit über die für Andere abgegebenen Stimmen. Vorab ist jedoch zu beschließen, welche Zahl von Mitgliedern den Ausschuß bilden sollen und für diesen Bechluß genügt nicht die relative Mehrheit, sondern ist die absolute der Regel gemäß nöthig. Die Abweichung soll nur der Wahl selbst zu Statten kommen, um auch erhebliche Minoritäten der Gläubiger durch die Gewählten vertreten sein zu lassen. Demnächst kann die beschlossene Zahl in einem Wahlgange gewählt werden, so daß diejenigen als gewählt gelten, welche die relativ meisten Stimmen erhalten. — Eine andere Ausnahme von der Regel ist im § 169 für Zwangsvergleiche bestimmt. — Für Beschlüsse über Summen ist nach dem Grundsatze, daß, wer das Plus will, auch das Minus wolle, soweit derselbe richtig ist, die Vorschrift des G.V. § 198 Abs. 2 entsprechend dahin anzuwenden, daß die für die größte Summe abgegebenen Stimmen den für die nächst geringern abgegebenen so lange hinzuzurechnen ist, bis sich eine Mehrheit ergiebt. Logisch richtig ist dieser Grundsatz nur, wenn es sich um Summen handelt, welche aus der K.Masse fortgegeben z. B. zur Unterstützung für den G.Schuldner bewilligt werden sollen, § 120, bez. um Verpflichtungen, welche für die Masse zu übernehmen sind. Soll dagegen über Summen bestimmt werden, welche die Gläubiger für die K.Masse, etwa für die Veräußerung eines Grundstücks haben wollen, bez. über den Erwerb von Rechten, so ist im Gegentheil nur richtig, daß, wer mit dem geringeren Betrage zufrieden ist, auch den größeren zu nehmen zustimmt, und nicht umgekehrt. Ueberall ist dabei (wie für G.V. § 198 Abs. 2) vorausgesetzt, daß über eine Summe zu entscheiden ist und daß die Vorfrage, deren Faktor die Summe bilden soll, feststeht. Ueberhaupt ist der Grundsatz nur derartig anzuwenden, daß das Resultat in der That logisch eine wirklich gewollte Stimmen-Mehrheit ergiebt und eine Ausnahme von Abs. 2 nicht hergestellt wird. Unter Umständen ist eine Stimmenmehrheit durch Trennung der Fragen nach dem Ob und Wieviel bez. durch Zusammenrechnen nicht zu gewinnen, wenn es sich z. B. um die Aufnahme eines Darlehns handelt, und ein Theil der Gläubiger der Ansicht ist, daß ein solches nur in bestimmter Höhe sachgemäß ist.

Die Summen der privilegirten Forderungen, welche beim Zwangsvergleiche

überhaupt nicht mitstimmen (Anm. 4 zu § 160), sind sonst überall gleich denen anderer Forderungen zu zählen (Prot. 68); sachlich brauchen sie sich eine etwaige Verletzung ihrer individuellen Rechte nicht gefallen zu lassen.

§ 87.

Zur Theilnahme an den Abstimmungen berechtigen die festgestellten Konkursforderungen.[1] In Ansehung einer streitig gebliebenen Forderung[2] wird bei der Prüfung mit den Parteien erörtert, ob und zu welchem Betrage ein bleibendes Stimmrecht für dieselbe zu gewähren ist.[3] In Ermangelung einer Einigung entscheidet das Konkursgericht. Das Gericht kann die Entscheidung auf den weiteren Antrag einer Partei[4] abändern.

Ob und zu welchem Betrage nicht geprüfte Konkursforderungen zum Stimmen in einer[5] Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.[6]

E. I. 92.

1) Dem Zwecke der K.Masse (§ 2) und der Gemeinsamkeit der Interessenten entsprechend besteht die G.Versammlung nur aus den Konkursgläubigern, also unter Ausschluß der Aussonderungsberechtigten und der Massegläubiger, sowie derjenigen Absonderungsberechtigten, welche nicht zugleich eine persönliche Forderung an den G.Schuldner haben, §§ 57, 88. Ausgeschlossen sind auch die im § 56 erwähnten Forderungen, Anm. 3 zu § 86; ebenso die etwa bereits befriedigten, Anm. 1 zu § 78. Dagegen sind die noch nicht befriedigten bevorrechtigten und nicht bevorrechtigten Forderungen gleichberechtigt, auch ohne Rücksicht darauf, ob jene durch ihr Vorrecht Aussicht auf Befriedigung haben. Ein unbedingtes Stimmrecht haben nur Forderungen, welche als K.Forderungen gemäß § 132 festgestellt sind. Prot. 70.

2) In Betreff der im Sinne der §§ 132 Abs. 1, 134 streitig gebliebenen Forderungen soll bei der diesen Streit herausstellenden Prüfung sofort erörtert und ermittelt werden, ob und für welchen Betrag ein bleibendes — d. h. ein Stimmrecht für alle Versammlungen bis auf etwaige andere Entscheidung über dies Stimmrecht — gewährt werden soll. Im Gegensatze zu diesem Charakter des Stimmrechts stehen die im § 87 Abs. 2 und im § 88 Abs. 1 bewilligten Zulassungen. Letztere betreffen nur die jedesmal gegenwärtige G.Versammlung. Mot. 315.

3) Streitige Forderungen, gegen deren Stimmrecht kein Widerspruch erfolgt, sind zum Stimmen zuzulassen und bedürfen keiner Erörterung über ihr Stimmrecht. Wird sie in Folge eines Widerspruchs nöthig, so sind die „Parteien", unter welchen die Erörterung stattfindet, mit Rücksicht auf §§ 129 ff., 132 der anmeldende Gläubiger selbst und diejenigen (Verwalter bez. K.Gläubiger), welche die Forderung bestritten haben, also für den desfallsigen Feststellungsprozeß Partei sind. Andere, welche nicht bestritten haben, können gegen die Zulassung der ihnen gegenüber unstreitigen Forderung nichts einwenden. Der G.Schuldner ist persönlich, auch wenn er bestreitet, weil hinsichtlich der Betheiligung an der K.Masse durch den Verwalter vertreten, hier nicht Partei, wie er auch hinsichtlich des Feststellungsstreits für die K.Masse nicht Partei ist, Anm. zu §§ 129 Abs. 2, 132.

4) Nur in Ermangelung einer Einigung hat das K.Gericht zu entscheiden und ist daher an das Resultat einer Einigung unbedingt gebunden. Die Entscheidung, wenn

nöthig, ist sofort zu erlassen, da schon das Stimmrecht für die gegenwärtige Versammlung davon abhängt. Gegen eine Aussetzung der Entscheidung ist sofortige Beschwerde zulässig (§ 66 Abs. 3, vgl. C.P.O. § 329), wenngleich die Entscheidung über das Stimmrecht selbst nach Abs. 3 unanfechtbar ist.

Von Amtswegen, ohne „Antrag einer Partei" d. h. des Anmeldenden oder eines Gegners (Anm. 3) kann das Gericht seine Entscheidung nicht ändern. Auf solchen Antrag kann jedoch eine Aenderung angeordnet werden, selbst wenn inzwischen die Sachlage nicht geändert sein sollte. Prot. 70. Die Bemerkung in Prot. 70, daß dies eine Milderung der Vorschriften der C.P.O. und eine Abweichung von demselben sei, indem nach der C.P.O. § 540 Abs. 3 das Gericht die mit sofortiger Beschwerde angefochtene Verfügung nicht selbst ändern könne, ist irrthümlich. Eine Beschwerde ist in diesem Falle nach Abs. 3 gar nicht zugelassen; dagegen ist auch nach der C.P.O. nicht nur ein neuer auf veränderter Sachlage gestützter Antrag, sondern auch eine Remonstration ohne Aenderung der Sachlage zulässig. Der Antrag auf Aenderung der Entscheidung kann sofort in der Versammlung, aber auch außerhalb der Versammlung gestellt und ohne mündliche Verhandlung darüber entschieden werden, § 66.

5) Abs. 2 betrifft alle nicht geprüfte K.Forderungen, gleichviel ob sie in der Anmeldefrist oder erst später oder noch gar nicht angemeldet sind. Auch hier, wie hinsichtlich der streitigen Forderungen, Abs. 1, hat das Gericht nur „auf Widerspruch" zu entscheiden. So lange kein Widerspruch gegen das Stimmrecht erfolgt, sind sie stimmberechtigt. Ueber die Bedeutung des Rechts zum Stimmen in einer G.Versammlung s. Anm. 2. Im Falle des Abs. 2, sowie des § 88 genügt abweichend von Abs. 1 der Widerspruch eines jeden K.Gläubigers oder Verwalters (nicht blos einer „Partei", Anm. 3), um die Entscheidung des Gerichts zu veranlassen, weil hier noch keine bestimmte Parteien einander gegenüberstehen. Zum Widerspruch wird nur ein selbst stimmberechtigter K.Gläubiger legitimirt zu erachten sein. In der ersten G.Versammlung gemäß § 102 sind alle Forderungen noch nicht geprüft, und ist daher vor den Beschließungen der Gläubiger ihre Zulassung zum Stimmrecht zu ordnen.

6) Die im Abs. 3 bestimmte Unanfechtbarkeit der Entscheidungen bezieht sich auf Abs. 1 und 2, das bleibende, wie das nur die gegenwärtige Versammlung betreffende Stimmrecht. Die Entscheidungen sind unanfechtbar. In der R.K. wurde die Beschränkung des Abs. 3 auf Abs. 2 beantragt, der Antrag jedoch zurückgenommen. Es wurde zur Beseitigung eines Anfechtungsrechts insbesondere die Gefahr der Aufhebung von Beschlüssen betont, wenn Jemand mitgestimmt hat, welcher einstweilen zugelassen, aber nach späterer Entscheidung nicht stimmberechtigt sei. Prot. 69.

In beiden Fällen, Abs. 1 und 2, sind die Entscheidungen, auch verkündete, den Betheiligten zuzustellen, § 66 Abs. 2. Die Praxis in Berlin und soviel bekannt, auch bei anderen preußischen Gerichten ignorirt diese theoretisch unzweifelhafte Vorschrift mit Rücksicht auf die Unanfechtbarkeit der Entscheidung, insbesondere hinsichtlich der nicht geprüften Forderungen; für diese liegt allerdings in Betreff späterer G.Versammlungen nur das indirekte Interesse der etwa abwesenden Gläubiger vor, die Ablehnung des Stimmrechts kennen zu lernen und entsprechenden Nachweis vorzubereiten.

§ 88.

Ob und zu welchem Betrage Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, in Ansehung ihres muthmaßlichen Ausfalls,[1] sowie Konkursforderungen unter aufschiebender Bedingung[2] zum

Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.[3]

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.[4]

1) S. Anm. 1 zu § 57 und § 141. Es ist Sache des Anmeldenden, seinen muthmaßlichen Ausfall, für welchen er ein Stimmrecht beansprucht, anzugeben und soweit möglich glaubhaft zu machen. Eine entsprechende Anwendung findet § 88 auch im Falle des § 201.

2) S. Anm. 3 zu § 60 und §§ 142, 155.

3) Auch die im § 88 bezeichneten persönlichen Forderungen eines Absonderungsberechtigten, sowie Forderungen unter aufschiebender Bedingung sind stimmberechtigt, so lange nicht ein Widerspruch gegen das Stimmrecht erfolgt. Diese Forderungen erhalten aber immer nur, gleich § 87 Abs. 2, ein Stimmrecht für die zeitweilige Versammlung, auch wenn sie geprüft und streitig geblieben sind; nicht ein bleibendes. Hinsichtlich der streitigen, zugleich von § 88 betroffenen Forderungen bestimmt dadurch § 88 eine Ausnahme von § 87 Abs. 1.

4) Zum Abs. 2 vgl. § 87 Abs. 3 und Anm. 4 zu § 87.

§ 89.

Gezählt werden nur die Stimmen der in der Gläubigerversammlung erschienenen Gläubiger.[1] Die nicht erschienenen Gläubiger sind an die Beschlüsse gebunden.[2]

E. I. 93.

1) Zu den erschienenen Gläubigern gehören auch die durch Bevollmächtigte Vertretenen. Als Bevollmächtigter ist jede prozeßfähige Person zuzulassen, also auch eine Ehefrau sowohl für ihren Mann, wie auch für Dritte, C.P.O. §§ 75, 51. In Betreff der Vollmachten finden C.P.O. §§ 76 Abs. 2, 77, 79, 84 entsprechende Anwendung. Sie sind zu den Gerichtsakten abzugeben und ermächtigen, wenn sie nicht eine Einschränkung enthalten (§ 79 Abs. 2), zu allen Verhandlungen, also auch zu Beschlußfassungen in der G.Versammlung. Der Mangel der Vollmacht ist von Amtswegen zu berücksichtigen. Vgl. Anm. 3 zu § 169. In Betreff der Beistände s. C.P.O. § 86. In Betreff eines nicht mit Vollmacht versehenen Vertreters ist nach § 65 der § 85 C.P.O. entsprechend anwendbar, d. h. also dahin, daß die Endentscheidung der Abstimmung, für welche die beizubringende Genehmigung des Geschäftsherrn erforderlich wird, erst nach Ablauf der zu bestimmenden Frist erfolgen kann. Eben deshalb und weil man im Voraus nicht sicher sein kann, ob die Beibringung der Genehmigung in der bestimmten Frist erfolgen kann, dürfte es zur Vermeidung unsicherer oder nichtiger Abstimmungen vorsichtiger sein, von der nur fakultativen Befugniß der Zulassung nach § 85 keinen Gebrauch zu machen, falls nicht besondere Umstände dazu veranlassen.

2) S. Anm. 1 zu § 85.

§ 90.

Der Gegenstand, über welchen in der Gläubigerversammlung ein Beschluß gefaßt werden soll, muß bei der Berufung derselben öffentlich bekannt gemacht werden.[1]

E. I. 94.

1) Vgl. Anm. 2 zu § 86. Der Grad der Genauigkeit und Spezialität hinsichtlich der Bezeichnung des zu verhandelnden Gegenstandes ist nach den konkreten Umständen zu bemessen. Jedenfalls muß dem Zwecke der Vorschrift entsprechend die Angabe so bestimmt sein, daß der Leser nicht blos die allgemeine Kategorie des Beschlusses (Geneh-

migung von Anträgen des Verwalters oder Verwerthung bez. Sicherung der Masse ꝛc.), sondern den speziellen Gegenstand der Tagesordnung ersehen kann. Vgl. v. Völderndorff II. S. 122.

Aus der Vorschrift, daß die Bekanntmachung „bei der Berufung" erfolgen soll, folgt, daß, wenn nachträglich noch ein weiterer Gegenstand zur Verhandlung gebracht werden soll, für denselben eine erneute öffentliche Bekanntmachung nach § 68 erfolgen muß, so daß diese als Berufung für die fernere Verhandlung dient. Hinsichtlich einer Vertagung vgl. Anm. 5 zu § 85.

§ 91.

Das Gericht hat die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefaßten Beschlusses auf den in der Gläubigerversammlung gestellten Antrag des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers zu untersagen, wenn der Beschluß dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht. [1)]

1) Die Vorschrift des § 91, von der Vork. eingeschaltet, soll zum Schutze der majorisirten und ausgebliebenen Gläubiger dienen. Sie setzt voraus, daß

1. der Verwalter oder ein überstimmter Gläubiger den Antrag auf gerichtliche Untersagung der Ausführung des Beschlusses stellt,
2. daß der Antrag in der G.Versammlung gestellt wird, und
3. daß ein positiver der Ausführung bedürfender Beschluß vorliegt und dieser dem gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger widerspricht. Unter diesen Voraussetzungen soll § 91 sämmtliche Beschlüsse der G.Versammlung betreffen, insbesondere auch den § 83. Im Entw. war redigirt: die Ausführung einer „beschlossenen Maßregel" sei zu untersagen. In der R.K. wurden Bedenken erhoben, dies könne nur auf Verwaltungsmaßregeln und nicht auf § 83 bezogen werden. Hagens vindizirte dem § 91 seine generelle Bedeutung und um dieselbe sicherer auszudrücken, wurde statt der getroffenen Maßregel der „gefaßte Beschluß" substituirt. Prot. 67, 70. Durch die Aenderung des ursprünglichen E. I., welcher den § 91 nicht enthielt, ist jedoch das noch in den Mot. hervorgehobene Prinzip des Selbstbestimmungsrechts der Gläubiger theoretisch dem Ermessen des Gerichts über ihre gemeinsamen Interessen unterstellt, sobald der Verwalter oder ein Gläubiger darauf provoziren will. Die Ausnahmevorschrift des § 91 ist jedenfalls nicht ausdehnend zu interpretiren, und hat nur eine negative Bedeutung. Das Gericht kann untersagen, daß etwas nicht geschieht, nicht aber anordnen, daß etwas geschehen soll. Ein Beschluß, welcher nur einen gestellten Antrag ablehnt, kann nicht angefochten werden. Das Gericht kann nur „die Ausführung eines Beschlusses untersagen." Gegen einen Beschluß, welcher keine Ausführung erfordert, ist ein Veto nicht zulässig. Das hauptsächlichste Anwendungsgebiet wird § 91 finden, wenn die Majorität Sonderinteressen statt des Interesses der K.Gläubiger verfolgt, etwa zu Gunsten Anderer behufs einer Erwerbung aus der Masse oder zu Gunsten des G.Schuldners seitens einer aus seinen Verwandten bestehenden Majorität.

Der Antrag sowohl des Verwalters, als des Gläubigers muß, um ein Veto herbeiführen zu können, in der G.Versammlung, also von einem in derselben anwesenden oder vertretenen Verwalter oder Gläubiger gestellt sein; ein vorher (eventuell) gestellter schriftlicher verlesener Antrag — wenngleich des K.Verwalters — genügt nicht. Dies ist im § 91 deutlich gesagt. A.M. v. Völderndorff II. S. 127.

Gegen das Veto des Gerichts ist die sofortige Beschwerde zulässig. In Ermangelung einer bestimmten Vorschrift ist jeder stimmberechtigter Gläubiger, welcher an der G.Versammlung Theil genommen hat, als betheiligt und zur Beschwerde formell berechtigt anzusehen. Es ist jedem anderen Gläubiger dasselbe Recht auf Provokation der Beschwerdeentscheidung einzuräumen, wie einem überstimmten Gläubiger. Nur hinsichtlich des Antrags auf Herbeiführung des Veto ist eine Beschränkung auf die überstimmten Gläubiger und den Verwalter vorgeschrieben. Der § 66 Abs. 3, sedes materiae für die Beschwerde, beschränkt das Recht nicht anders, als es begrifflich durch das verletzte Interesse beschränkt wird. Das Interesse des Gläubigers, welcher an der Versammlung nicht Theil nahm, weil er wußte, wie die Majorität entscheiden würde, ist durch das Veto ebenso verletzt, wie das der Theilnehmenden. Darüber, daß die G.Versammlung als solche kein Beschwerderecht hat, vgl. Anm. 5 zu § 66 und Anm. 1 zu § 85. Selbstverständlich hat auch der Verwalter, welcher im gemeinsamen Interesse aller K.Gläubiger die Masse vertreten soll, das Beschwerderecht.

Für die Lösung des Konflikts, wenn sachlich etwas geschehen muß und das K.Gericht wiederholte Beschlüsse der G.Versammlungen aufhebt, ist nichts bestimmt. Der Konflikt kann dazu führen, daß indirekt die G.Versammlung genöthigt wird, positiv einen vom Gerichte gewollten anderen Beschluß zu fassen. Zu hoffen ist, daß sich das wirkliche gemeinsame Interesse der K.Gläubiger in einer oder der anderen Weise materiell Bahn bricht.

Bei wörtlicher Auslegung könnte auch die „freie Wahl" eines Ausschußmitgliedes seitens der G.Versammlung als Beschluß angesehen werden. Nach der Ausführung der Mot. 310, 311, daß eine solche Wahl nicht einer gerichtlichen Bestätigung unterworfen werden, und weder eine Ernennung noch eine Entlassung durch das Gericht eintreten könne, ist jedoch anzunehmen, daß eine solche Wahl nicht als Beschluß im Sinne des § 91 anzusehen ist.

§ 92.

Der Gemeinschuldner ist verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben.[1]

E. I. 95. P. 132. 160. 223.

1) V. Der Gemeinschuldner, §§ 92, 93. Die Verpflichtung des G.Schuldners, Auskunft zu geben, und die damit in Verbindung stehende Pflicht zur Ableistung des Manifestationseides (§ 115) beruhen auf der Wirkung des Konkurses, daß kraft Gesetzes sein exekutionsfähiges Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll (§§ 1, 5) und auf der zur Durchführung dieses Grundsatzes eintretenden Nothwendigkeit, das der G.Schuldner Alles an die Hand giebt, was zur Ermittelung und Herbeischaffung des Vermögens und zur Abwehr der gegen dasselbe gerichteten Ansprüche dienlich sein kann. Der Verwalter und der G.Ausschuß können die Auskunft vom G.Schuldner direkt fordern. Die G.Versammlung soll sich deshalb an das Gericht wenden und dessen Anordnung dafür erwirken müssen, um „leidenschaftliche Ausbrüche niederzuhalten". Mot. 317. Der G.Schuldner hat nur über die „das Verfahren betreffenden Verhältnisse" Auskunft zu geben, d. h. nicht blos zur Aufklärung hinsichtlich des formellen Verfahrens, sondern auch über alle materiellen innerhalb des Verfahrens und für dasselbe erheblichen Rechtsverhältnisse, also über die gesammte Aktiv- und Passivmasse, vgl. § 1 Abs. 1 und § 2. Die nöthige Auskunft hat er nicht blos einmal zu geben, sondern so oft es verlangt wird. Ort und Zeit zur Auskunftertheilung sind nach vernünftigem

Ermessen zu bestimmen. Er hat seiner Verpflichtung nicht genügt, wenn die von ihm gegebene Auskunft offenbar unrichtig oder ausweichend ist. Zur Beseitigung von Differenzen kann das Konkursgericht angegangen werden, welches durch § 93 Abs. 2 für die Entscheidung über die Erfüllung der Pflichten des G.Schuldners zuständig erklärt ist, und welchem auch im § 93 Abs. 2 die Mittel zur Erzwingung derselben gegeben sind. Gegen die Entscheidung des Gerichts, auch wenn sie nur über die Pflichten des G.-Schuldners ergeht, hat jeder Betheiligte das Recht der Beschwerde, § 66.

Zur Dienstleistung bei der Ausführung der Liquidation ist der G.Schuldner absichtlich nicht verpflichtet erklärt. Mot. 318. Ueber den Einfluß des Konkurses auf seine persönlichen, politischen, Bürger- und Ehrenrechte vgl. Vorb. 2 vor § 188.

Für einzelne Fälle hat die K.O. auch ein Recht des G.Schuldners, zu den Verhandlungen zugezogen zu werden, anerkannt, so zur Abnahme der Rechnung des Verwalters, § 78, zu ungewöhnlichen Verfügungen über die Aktivmasse, § 123, zum Prüfungsverfahren, §§ 129, 132 (vgl. §§ 152, 179, 192); abgesehen von seiner Zuziehung zu den Verhandlungen über Eröffnung oder Einstellung des Konkurses und über einen Zwangsvergleich. Der E. I. § 95 Abs. 2 wollte für die im K.Verfahren abzugebenden Erklärungen den allgemeinen Grundsatz aufstellen: wenn der G.Schuldner eine Erklärung, deren Abgabe ihm das Gesetz auferlegt oder gestattet, nicht rechtzeitig abgiebt, so solle dies für ihn die civilrechtliche Wirkung haben, als habe er dem Verwalter zugestimmt. Mot. v. 1873 II. S. 27, 28. Die Vork. hat diesen Grundsatz gestrichen. Es bewendet bei den für die einzelnen Fälle ausgesprochenen Folgen. Vgl. §§ 78 Satz 4, 123, 152 Abs. 2.

§ 93.

Der Gemeinschuldner darf sich von seinem Wohnorte nur mit Erlaubniß des Gerichts entfernen.[1)]

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und nach Anhörung des Gemeinschuldners die Haft[2)] desselben anordnen, wenn er die ihm von dem Gesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt,[3)] oder wenn es zur Sicherung der Masse nothwendig erscheint.[4)]

E. I. 96. P. 138—140.

1) Das „Entfernen" von seinem Wohnorte, welches dem G.Schuldner nur mit Erlaubniß des Gerichts (also auch nicht des Verwalters oder des G.Ausschusses) gestattet ist, umfaßt sowohl die Verlegung des Wohnsitzes, als auch eine Reise. Für die Gewährung der Erlaubniß sind sachgemäß zugleich die Interessen des G.Schuldners, welcher sich selbst unterhalten muß, wie der K.Masse zu berücksichtigen. Das Verbot eigenmächtiger Entfernung soll den G.Schuldner verhindern, sich der Erfüllung seiner Verpflichtungen des § 92 zu entziehen. Eine Verletzung des Verbots würde allein schon genügen, als Nichterfüllung seiner Pflichten nach Abs. 2 gegen ihn Vorführung und Haft zu rechtfertigen. Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 93 auf Vorstandsmitglieder und Liquidatoren von Aktien- und anderen Gesellschaften, sowie auf Erben vgl. Anm. 1 zu § 194, Anm. 2 zu § 196, Anm. 3 zu § 199, Anm. 2 zu § 205.

2) Die Maßregeln des Abs. 2 sind fakultative („das Gericht kann") und können von Amtswegen oder auf Antrag des Verwalters, der Gläubiger oder des G.Ausschusses (vgl. § 92) beschlossen werden. Durch das Fakultative der Anordnung ist indeß die Beschwerde gegen eine Ablehnung derselben nicht ausgeschlossen; sowie andererseits dem G.Schuldner gegen die Anordnung die Beschwerde (ohne aufschiebende Wirkung, C.P.O. § 535) zusteht, § 66. Vor der Anordnung der Zwangs-Vorführung ist eine „Anhörung" des G.Schuldners nicht nöthig; jedoch vor der Haft.

Für die Anordnung der **Haft** finden die Vorschriften der C.P.O. „entsprechende" Anwendung, § 65. Die Bestimmungen der C.P.O. §§ 774, 775, welche die Erwirkung bestimmter Handlungen und Unterlassungen betreffen, sind (mit den Mot. 318) mit Rücksicht auf die allgemeineren Zwecke der Haft eines Kridars nicht für anwendbar zu erachten. Dagegen bezeichnen die Mot. mit Recht (vgl. C.P.O. § 798) die §§ 812, 785 bis 791, 793, 794 als anwendbar. Im E. I. § 96 war vorgeschrieben: die Haft solle die Dauer von sechs Monaten nicht übersteigen. Dies ist durch den (im E. I. noch nicht enthaltenen) § 65 und durch C.P.O. § 794 jetzt indirekt ebenfalls vorgeschrieben. — Die Kosten der Haft sind nach § 51 Nr. 1 zu den Massekosten zu rechnen, da die Haft nur im gemeinsamen Interesse der Gläubiger anzuordnen ist. Aus demselben Grunde findet auch eine persönliche Vorschußpflicht der Antragsteller und die Vorschriften des § 792 C.P.O. nicht Anwendung, wie auch die Mot. 318 den § 792 nicht als anwendbar bezeichnen.

3) Im Falle der Pflichtverletzung soll die Haft theils **Zwangsmittel** sein, um den G.Schuldner zur Auskunftsertheilung anzuhalten (§ 92), theils auch **Strafmittel** sein können, wenn er sich unbefugter Dispositionen oder Behinderungen des Verwalters schuldig gemacht hat. Mot. 318.

4) „Als **Sicherungsmittel** ist die Haft anzuordnen, wenn zu besorgen ist, daß der G.Schuldner seine Freiheit zur Verbringung von Vermögensstücken, zur Einziehung von Ausständen oder zu nachtheiligen Kollusionen oder Verdunkelungen mißbrauchen werde". Mot. 318.

Zweiter Titel.

Eröffnungsverfahren.

Die K.O. erfordert als Bedingung der K.Eröffnung nicht die **Vermögensunzulänglichkeit**, d. h. einen Zustand, worin das gesammte Vermögen weniger werth ist, als die Schuldenmasse (**Insuffizienz**), wie das gemeine Recht und für Nichtkaufleute auch die P. als Erforderniß aufstellt; sondern die Zahlungsunfähigkeit, d. h. den Zustand, worin der Schuldner die zur Zeit fälligen Zahlungen nicht leisten kann (**Insolvenz**). Die Mot. konstruiren diese Bedingung aus dem Rechte des Gläubigers. Er hat Befriedigung (Zahlung) zu fordern. Vermag der Schuldner diese zur Fälligkeitszeit zu leisten — entweder aus seinem realen Vermögen, oder vermöge seines Kredits, welcher im Verkehrsleben Vermögen bedeutet, oder mit Hülfe einer irgend wie erfolgenden Mitberechnung der Zukunft, — so hat der Gläubiger keine weiteren Ansprüche zu machen, wenngleich das zeitige Vermögen nach objektiver Schätzung nicht hinreichend erscheinen möge, alle Gläubiger zu befriedigen. Falls dagegen der Schuldner seine fälligen Zahlungen nicht zu leisten vermag (insolvent ist), so brauchen sich die Gläubiger nicht mit dem Einwande abfinden zu lassen, daß das Vermögen ihres Schuldners an sich (zumal mit der stillschweigend verstandenen Hülfe einer späteren Verwerthung) suffizient sei, während sie **Zahlung** zu fordern haben. Die sich herausstellende Unmöglichkeit, diese zu leisten, d. h. die Zahlungsunfähigkeit begründet den K.Anspruch der Gläubiger, daß das gesammte Vermögen des Schuldners zur gesetzmäßigen gemeinsamen Vertheilung unter den Gläubigern verwendet wird. Hervorgehoben werden in den Motiven zugleich die praktischen Schwierigkeiten und unsicheren Resultate der Nachweisung und Schätzung einer Insuffizienz und die Unzuträglichkeit des Zustandes, in welchem der Schuldner einstweilen noch das Vermögen zur Verfügung zu belassen ist. Mot. 14, 15, 320, Vorbem. vor § 1. Ausnahmsweise ist nur die Insuffizienz für den Konkurs über einen Nachlaß alleiniger und für den Konkurs einer Aktiengesellschaft und einer aufgelösten eingetra-

genen Genossenschaft ein neben der Insolvenz zulässiger Grund zur Konkurseröffnung, §§ 193, 195, 203.

Zur Konkursbegründung dient die Zahlungsunfähigkeit nicht als blos latenter Zustand, sondern nur, wenn sie als Zustand der Unmöglichkeit zur Leistung der fälligen Zahlungen äußerlich sich ergiebt. Der Nachweis eines solchen thatsächlichen Zustandes ist für die richterliche Beweiswürdigung nach der Beweistheorie der C.P.O. § 259 „überzeugend" zu führen. „Welche Thatsachen im Einzelnen geeignet sind, als Erkennungsquelle der Zahlungsunfähigkeit zu dienen, ist der Beurtheilung des Richters im konkreten Falle zu überlassen. Eine erschöpfende und ausschließende Aufzählung aller sog. Bankeruttbandlungen, wie in ihrer kasuistischen Weise die englischen und amerikanischen K.Gesetze sie versuchen, ist unmöglich, eine Exemplifikation gegenüber der freien Ueberzeugungstheorie (C.P.O. § 259) entbehrlich". Mot. 323.

Hervorgehoben ist nur als der am häufigsten vorkommende Fall der Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit: die Zahlungseinstellung. Durch den Nachweis einer „Zahlungseinstellung" wird der Zustand der Zahlungsunfähigkeit erwiesen. Die Zahlungseinstellung „soll als eine in die äußere Erscheinung getretene Thatsache, als direkte Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit den Beweis derselben erübrigen". Mot. 323. Im E. I. § 100 war der Abs. 2 redigirt: „Eine Zahlungseinstellung wird der Zahlungsunfähigkeit gleich geachtet", d. h. wie auch die Mot. v. 1873 II. 39 sich ausdrücken, sie „erübrigt den Beweis derselben". Dies ist im § 94 Abs. 2 ohne sachliche Aenderung jetzt in der Sprachweise der C.P.O. ausgedrückt. Vgl. Anm. 4 zu § 94. Der Begriff der Zahlungseinstellung ist gesetzlich ebenfalls nicht definirt, weil es „eine nach der unendlichen Verschiedenheit der Fälle in den verschiedensten Weisen zur Erscheinung kommende Thatsache ist, deren Auffassung der Anschauung des Falles und des Verkehrslebens, und der vernünftigen Einsicht des Richters anheimgegeben werden muß". Mot. 323. Nach den im Sinne des § 94 vorausgesetzten Erfordernissen ist die Zahlungseinstellung a) die thatsächliche Unterlassung der fälligen Schulderfüllungen, welche sich als regelbildende allgemeine Unterlassung hinsichtlich vorkommender Verpflichtungen zeigt, und b) welche als ihren Grund die Unmöglichkeit der Erfüllung aller Verbindlichkeiten voraussetzen läßt und zwar c) diese Unmöglichkeit als einen Vermögenszustand von entsprechender Dauer, nicht in Form einer nur momentanen, alsbald wieder zu beseitigenden Stockung.

a. Zur Zahlungseinstellung muß „die Thatsache offenbar geworden sein, daß Jemand seine Verpflichtungen in der Allgemeinheit zu erfüllen aufhört", R.O.H. 13, 227. Die Nichterfüllung einzelner Zahlungen genügt nicht und die Erfüllung einzelner schließt die Zahlungseinstellung nicht aus. Nöthig ist, daß der Wille thatsächlich erkennbar wird, als Regel (wenngleich nicht als ausnahmslose absolute) die Verpflichtungen im Allgemeinen nicht zu erfüllen. Zum Beweise kann ein einzelner Fall der Nichtzahlung oder auch eine andere Handlung genügen (Mot. 323, 324), so das Verschlossenhalten des Geschäftslokals während der Verkehrszeit, die Unauffindbarkeit der Person oder eines Stellvertreters (Koch zu P. § 113).

b. Das thatsächliche Aufhören der Erfüllung muß ferner als seinen Grund die Unmöglichkeit, allen Gläubigern gerecht zu werden, erkennbar machen bez. auf diesen Grund schließen lassen. Eine Zahlungseinstellung im Sinne des § 94 ist nicht vorhanden, wenn die Zahlungen wegen Nachlässigkeit, Geisteskrankheit, vermeintlicher Einreden, aus Eigensinn oder aus anderen Gründen als der Zahlungsunfähigkeit unterlassen werden. Wer nicht zahlen will, ist nicht demjenigen gleichzustellen, welcher nicht zahlen kann. Wenn aber Jemand nur solche Objekte hat, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen, aber zur K.Masse zu nehmen sind, z. B. ein Pächter nur sein landwirthschaftliches Inventar, ein Apotheker oder Posthalter nur ihre Inventarien,

vgl. Anm. 2 II.b zu § 1, und wenn er davon behufs einer fälligen Zahlung nichts veräußern will, so ist darin unbedenklich eine Manifestation dafür zu finden, daß er auch nicht zahlen kann, falls andere Vermögensgegenstände nicht gefunden werden. — Die Zahlungseinstellung wird andererseits nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine objektive Unfähigkeit, die laufenden Zahlungen zu leisten, in der That nicht wirklich vorhanden, sondern nur nach subjektiver unbegründeter Ansicht des Kridars von diesem geglaubt wird. Falls der Kridar die Zahlungen nicht leistet, weil er irriger Weise glaubt, sie nicht leisten zu können, so ist die Wirkung davon für die Gläubiger die gleiche, wie wenn seine Annahme begründet wäre. Die Zahlungseinstellung muß immer als Aeußerung der zeitigen Zahlungsunfähigkeit erscheinen. Mot. 323, 324.

c. Sie muß auch die Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit als eines Vermögenszustandes enthalten, welcher nicht eine alsbaldige Beseitigung erwarten läßt. Entscheidend ist zwar, ob der Schuldner die Mittel zur Zahlung seiner fälligen Schulden nicht herbeizuschaffen vermag und auch eine Zahlungsstockung kann eine Zahlungseinstellung und eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 94 enthalten; eine Verweisung auf die Zukunft ist keine Befriedigung. Dagegen sind Unfähigkeit und Einstellung nicht vorhanden, wenn die Stockung von unverhältnißmäßiger Kürze alsbald zu beseitigen ist und beseitigt wird. Das Unterlassen der Zahlung, weil Jemand auf Reisen nicht alle Zahlungsmittel mitnimmt, weil sie erst von einer Bank oder einem Andern geholt werden müssen, weil sie irrthümlich für einen der nächsten Tage erst disponibel gemacht sind u. s. w., ist keine Aeußerung einer vermögenszuständlichen Zahlungsunfähigkeit. Vgl. Prot. 71—73.

Die Zahlungseinstellung kann hiernach ohne Unterschied des Standes bei Jedem eintreten, welcher nach seinen Vermögensverhältnissen laufende Schulden zu berichtigen hat. Hinsichtlich aller Fragen, welche auf das Vorhandensein einer Zahlungseinstellung Bezug haben, ist zu berücksichtigen, daß es eine Schlußfolgerung aus Thatsachen ist, ob Jemand seine Zahlungen eingestellt hat. Das richterliche Beweiswürdigungsrecht, C.P.O. § 259, hat hierüber zu entscheiden. Die Zahlungseinstellung ist indeß nicht eine einzelne „Thatsache", und ein Parteieneid über die „Zahlungseinstellung" oder über eine Kenntniß von derselben ist deshalb gemäß C.P.O. §§ 410 ff. unzulässig, R.O.H. 4, 362; 6, 16, 123. Der Beweis kann vermittelst des Parteieneides nur durch den Nachweis der einzelnen die Schlußfolgerung begründenden Thatsachen geführt werden. „Die eigene gerichtliche oder außergerichtliche Insolvenzerklärung des G.Schuldners, Schließung des Geschäfts, heimliche Entfernung oder Latitiren des G.Schuldners ohne Sorge für Vertretung, obgleich Zahlungen zu leisten sind: diese und ähnliche Umstände werden in den meisten Fällen dem Richter die Ueberzeugung gewähren, daß Zahlungsunfähigkeit vorhanden ist. Vgl. R.O.H. 10, 69 und die dort angeführten Entscheidungen des Gerichts. Nirgendwo ist aber die Möglichkeit einer Widerlegung der aus solchen Umständen sich ergebenden Vermuthung ausgeschlossen." Mot. 324.

---

§ 94.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens setzt die Zahlungsunfähigkeit[1)] des Gemeinschuldners[2)] voraus.

Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist.[4)]

E. I. 100. P. 113. 319. 322. 323.

1) Ueber die Bedeutung der Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung vgl. vorst. Vorb. vor § 94. Ueber Modifikationen des Grundsatzes vgl. §§ 193, 195, 203.

Nach röm. Rechte gab schon der fruchtlose Exekutionsversuch eines Gläubigers diesem die Befugniß, die missio in bona nachzusuchen. Thatsächlich wird wohl schwerlich ein Konkurs eröffnet werden, in welchem nur ein Gläubiger betheiligt ist. Nothwendig ist indeß nach der K.O. nicht ein Nachweis, daß der G.Schuldner mehrere Gläubiger habe. Einen solchen Nachweis als Erforderniß aufzustellen, war de lege ferenda auch kein Bedürfniß, da der einzelne Gläubiger durch Klage, Zwangsvollstreckung, Arrest und Anfechtungsrecht (Ges. v. 21. Juli 1879) sich helfen kann.

2) Gemeinschuldner kann nur derjenige werden, welcher zahlungsunfähig ist. Aber dieser sein Vermögenszustand und insbesondere die in der Zahlungseinstellung liegende Aeußerung desselben kann nicht blos durch seine eigenen persönlichen Handlungen nachgewiesen werden, sondern auch durch andere Thatsachen und namentlich durch die Handlungen derjenigen, welche kraft Gesetzes als Vater, Vormund, Ehemann, Vorstand einer Aktiengesellschaft, Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft u. s. w. oder kraft Auftrages bez. Genehmigung den G.Schuldner vertritt. Soweit für die Vermögensrechte eines Schuldners sein eigner Wille nicht in Betracht kommt, sondern durch den Willen und die Handlungen seines gesetzlichen Vertreters zu äußern ist, bleibt auch nur dessen Handeln entscheidend.

Das K.Verfahren kann immer nur über das Vermögen eines G.Schuldners eröffnet werden, und nicht zugleich dasselbe K.Verfahren über das Vermögen Mehrerer. Falls mehrere Schuldner, ohne zusammen ein Rechtssubjekt zu bilden, in irgend welcher Verbindung zusammenstehen (auch etwa in ehelicher Gütergemeinschaft, vgl. §§ 14, 44), so ist das K.Verfahren immer nur über das Vermögen desjenigen Schuldners zu eröffnen, für welchen die Voraussetzungen des § 94 vorhanden sind. Sind sie für Mehrere vorhanden, so ist das K.Verfahren für Jeden gesondert zu eröffnen. Der in ehelicher Gütergemeinschaft lebende Ehemann, welcher gesetzlich das gütergemeinschaftliche Vermögen beider Eheleute verwaltet, übt diese Verwaltung sowohl hinsichtlich des Aktivvermögens als auch hinsichtlich der Kontrahirung von Schulden und ihres Einflusses auf das Vermögen zugleich als gesetzlicher Vertreter seiner Ehefrau. Zeigt er sich als zahlungsunfähig, so dokumentirt sich dadurch bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft auch die Frau als zahlungsunfähig und es können über die Vermögensmassen beider Eheleute Konkurse eröffnet werden. Zum Vermögen eines jeden Ehegatten gehört die ideelle Hälfte des Aktivvermögens und die Hälfte der Schulden rücksichtlich des Verhältnisses der beiden Konkurse zu einander. Als dem entsprechend in Wien in gleichem Falle zwei Konkurse eröffnet wurden, zu jedem die Hälfte des gütergemeinschaftlichen Vermögens genommen wurde und die Gläubiger des Mannes die Hälfte ihrer Forderungen aus der Konkursmasse der Frau beanspruchten, wurde im Erkenntnisse des K. K. Obersten Gerichtshofes zu Wien vom 5. November 1879 dies Verfahren für korrekt erklärt und den Gläubigern die verlangte Hälfte zugesprochen, Jurist. Blätter, Wien, 1880, S. 191, 192. Unserer K.O. entspricht nach obigen Grundsätzen dasselbe Verfahren. Da jeder Bestandtheil des gütergemeinschaftlichen Vermögens solidarisch für die gütergemeinschaftlichen Schulden haftet, so würden, wenn thatsächlich die gesammte Aktivmasse zu der einen oder andern K.Masse allein genommen würde, die K.Gläubiger berechtigt sein, aus dieser wegen ihrer ganzen Forderungen in voller Höhe nach dem Maße der vorhandenen Masse Befriedigung zu beanspruchen. Bei bestehender partikularer Gütergemeinschaft der Errungenschaft bez. des Erwerbs folgt wegen der nöthigen Berücksichtigung des Sonderguts aus der Zahlungsunfähigkeit des einen Ehegatten nicht ohne Weiteres die des anderen; sondern es bleibt behufs der K.Eröffnung für den Einen oder Anderen zu unterscheiden, bei welchem derselben die Voraussetzung des § 94 zutrifft. Vgl. in Betreff der praktischen Gestaltung für die allgemeine bez. partikulare Gütergemeinschaft Anm. 3 zu § 37. Die Zulassung der Ver-

bindung mehrerer „Prozesse" in C.P.O. § 138 ist bei der durchgreifenden Verschiedenheit zwischen Prozessen und Konkursen zur Vermeidung unberechenbarer Verwirrung auch nicht „entsprechend" anzuwenden.

Der G.Schuldner muß ein Rechtssubjekt sein. Unter dieser Voraussetzung kann der G.Schuldner jedoch auch eine Gemeinde, Korporation, juristische Person sein, oder eine von solchen Gesellschaften, Genossenschaften, Personen, Stiftungen, Anstalten und Vermögenskassen sein, „welche als solche verklagt werden können", C.P.O. § 19. Die Konkurse über die in den §§ 193—201 bezeichneten Gesellschaften sind nur Beispiele. Auch der Konkurs über einen Nachlaß, §§ 202—206, ist keine begriffliche Ausnahme; er wird über das Vermögen eröffnet, welches der Erblasser zur Zeit seines Todes besaß. Vgl. Anm. 1 zu § 202.

3) Die Zahlungseinstellung ist nicht die ausschließliche Voraussetzung der K.Eröffnung oder der Zahlungsunfähigkeit. Mot. 324, 325. Auch wenn Jemand nicht aufhört, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, kann seine Zahlungsunfähigkeit (z. B. unter Umständen durch längere fortgesetzte Operationen mit Wechselprolongationen) sich dokumentiren. Dies ist durch das Wort: „insbesondere" ausgedrückt. Nöthig ist indeß immer, daß eine Zahlungsunfähigkeit sich durch Thatsachen geäußert hat.

4) Die Zahlungseinstellung gilt kraft Gesetzes als Zahlungsunfähigkeit. Dies bedeutet in der Sprache der Reichsjustizgesetze die Ausdrucksweise: „ist anzunehmen" oder „anzusehen." Vgl. C.P.O. §§ 129, 296, 93, 241, 243 Abs. 3. Sie enthält nicht eine Vermuthung, welche durch einen Nachweis widerlegt werden könnte, daß zwar Zahlungseinstellung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorhanden sei. Vgl. Vorb. vor § 94.

§ 95.

Das Verfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden.[1)]

Zu dem Antrage ist der Gemeinschuldner[2)] und jeder Konkursgläubiger[3)] berechtigt.

E. I. 99. P. 118. 321. 322.

1) Von Amtswegen in die privatrechtlichen Verhältnisse einzugreifen, ist auch im Interesse der entfernter wohnenden Gläubiger kein Grund gefunden. Jeder Gläubiger möge sich über die Vermögenslage seines Schuldners informirt halten, und thatsächlich erfolgt auch für den Handelsverkehr Entfernterer deren Information und Sicherung durch Agenten an den Orten umfangreicheren Verkehrs. Mot. 325. Zur K.Eröffnung ist daher stets ein Antrag entweder des G.Schuldners, § 96, oder eines K.Gläubigers, § 97, (und zwar nur dieser, nicht eines Anderen, Abs. 2) nöthig. Der Antrag ist für Prozeßunfähige im Sinne der C.P.O. § 50 durch ihre gesetzlichen Vertreter zu stellen, (vgl. indeß Anm. 2) und kann durch Bevollmächtigte (ohne Anwaltszwang, C.P.O. §§ 74, 75) gestellt werden. Ueber die Form des Antrags vgl. Anm. 1 zu § 96. Aus der Vorschrift des Abs. 1 folgt, daß zur Zeit der K.Eröffnung ein Antrag dafür vorhanden sein muß, bis dahin also der Antrag zurückgenommen werden kann, vgl. Anm. 6 zu § 97. Wegen der Gerichtskosten bei Zurückweisung des Antrags vgl. § 53 Ger.Kost.Ges. Wegen des Kostenvorschusses „bei dem Antrage auf K.Eröffnung" vgl. § 82 Ger.Kost.Ges. Ueber das Recht des antragstellenden Gläubigers, den Gerichtskostenvorschuß nach der K.Eröffnung als Massegläubiger erstattet zu fordern, vgl. Anm. 2 zu § 51 Nr. 1. Die ihm sonst in Folge seines Antrags vor der K.Eröffnung erwachsenden Kosten kann er nach § 55 Nr. 1 nur als K.Gläubiger liquidiren. — Wegen der Anwaltsgebühren für die Vertretung im Eröffnungsverfahren vgl. §§ 54, 59 R.Anw.-Geb.O.

2) Hinsichtlich der Antragsberechtigung des G.Schuldners vgl. Modifikationen in den §§ 194, 195, 199, 205, betreffend die Konkurse von Aktien-, Handels-, Kommandit-

Gesellschaften, eingetragenen Genossenschaften, bez. über einen Nachlaß. — Eine Verpflichtung, nach seiner Zahlungsunfähigkeit bez. Zahlungseinstellung den Konkurs zu beantragen, hat der G.Schuldner nicht (abweichend von P. § 116). In den §§ 210 ff. wird nur spätere Benachtheiligung bez. Begünstigung von Gläubigern, späteres Kontrahiren neuer Schulden u. s. w. mit Strafe bedroht. — Die Rechtswohlthat der Güterabtretung (cessio bonorum) ist aufgehoben, Einf.-Ges. § 4; Vortheile für einen freiwilligen Antrag auf K.Eröffnung werden dem G.Schuldner nicht bewilligt.

3) Die Antragsberechtigung eines K.Gläubigers ist weder von einem bestimmten Forderungsbetrage, noch von der Vollstreckbarkeit der Forderung abhängig. Auch bevorrechtigte Gläubiger sind zum Antrage berechtigt; ebenso die Gläubiger bedingter und betagter Forderungen, welche „gerade das dringendste Interesse haben können", Mot. 326; desgleichen Absonderungsberechtigte, welche zugleich eine persönliche Forderung an den G.Schuldner haben, § 57. Prot. 73, 74. Antragsberechtigt ist dem Zwecke des K.Verfahrens entsprechend nur ein Gläubiger, welcher bei K.Eröffnung als K.Gläubiger im Verfahren liquidiren kann; also nicht die für einen solchen Antrag nicht interessirten Gläubiger des § 56; und aus demselben Grunde nicht während eines schwebenden Konkurses die K.Gläubiger desselben zu einem Antrage auf einem zweiten Konkurse, vgl. Anm. 3 zu § 11.

§ 96.

Beantragt[1] der Gemeinschuldner[2] die Eröffnung des Verfahrens, so hat er ein Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner, sowie eine Uebersicht der Vermögensmasse bei Stellung des Antrags einzureichen oder, wenn dies nicht thunlich ist, ohne Verzug nachzuliefern.[3]

P. I. 102. 104—109. P. 116. ff. 321. 326.

1) Allgemeines über das Eröffnungsverfahren. Das Verfahren über einen Antrag auf K.Eröffnung soll nicht, wie nach gemeinrechtlicher Praxis und nach der preuß. A.G.O. ein förmlicher konfradiktorischer Prozeß sein, andererseits auch nicht, wie nach der preuß. K.O. „mit bedrohlicher Leichtigkeit" ohne Verpflichtung, den G.Schuldner zu hören, die K.Eröffnung ermöglichen. Das Verfahren vor dem Eröffnungsbeschlusse ist durch die §§ 96, 97 in Verbindung mit §§ 65, 66 Abs. 1, 67 bestimmt. Der Antrag auf Eröffnung kann unter analoger Anwendung der C.P.O. § 457 schriftlich (ohne Mitzeichnung eines Rechtsanwalts, C.P.O. §§ 74, 75) eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Im E. I. §§ 104—109 war in jedem Falle eines Antrages eine mündliche Verhandlung zur Beschlußfassung über den Eröffnungsantrag in Aussicht genommen. Bei Ansetzung des Termins sollte sofort ein Verwalter ernannt werden; als Parteien könnten der G.Schuldner und jeder K.Gläubiger, welcher seine Forderung glaubhaft macht, verhandeln. Die Nothwendigkeit eines solchen mündlichen Vorverfahrens ist von der Vork. beseitigt. Der § 66 Abs. 1, welcher Entscheidungen „im K.Verfahren" ohne vorgängige mündliche Verhandlung zuläßt, findet auch für die erste das K.Verfahren beginnende Entscheidung, den Eröffnungsbeschluß, Anwendung. Ebenso unterliegt überhaupt das „Eröffnungsverfahren" (II. Tit. 2) als Beginn des K.Verfahrens den allgemeinen Bestimmungen der §§ 64—67, welche für das K.Verfahren vorangestellt sind, das Resultat möge die K.Eröffnung oder deren Ablehnung sein. Dies ist unzweifelhaft vorausgesetzt und erhellt schon aus der äußerlichen Stellung der Tit. 1 und 2.

Daß ein Antrag, wenn unbegründet, abzuweisen ist, wird als selbstverständlich in der K.O. vorausgesetzt und durch § 101 angedeutet. Die Entscheidung wird im § 101 als abweisender „Beschluß" bezeichnet. Wenngleich sie ebenso wie der Eröffnungsbeschluß materiell den K.Anspruch der Gläubiger betrifft, ist sie dem § 101 entsprechend in den

Formen zu erlassen, welche die C.P.O. für Beschlüsse gestattet. Die Anwendung der Urtheilsform (mit Thatbestand und Gründen) ist nicht nöthig. A.M. v. Völdernborff II. S. 176. Die Beifügung einer Begründung der Abweisung wird indeß das Gericht selbst ebenso, wie bei sonstigen einen Antrag ablehnenden Beschlüssen, sachgemäß finden, zumal die Beschwerde gegen den Beschluß zulässig ist. Ueber das Verhältniß verschiedener Anträge zu einander vgl. Anm. 6 zu § 97 und Anm. 1 zu zu § 100.

2. Verfahren auf Antrag des G.Schuldners, § 96. In jedem Falle und auch wenn der G.Schuldner die Eröffnung beantragt, ist dieselbe nur dann zu beschließen, wenn das Gericht die Ueberzeugung erlangt hat, daß eine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung vorliegt, § 94. Das Gericht hat dies von Amtswegen zu prüfen. Die Betheiligten können darüber nicht paziszieren. Daß der Antrag des G.Schuldners unter Beibringung der im § 96 bemerkten Verzeichnisse nebst Uebersicht unbedingt genügen, oder daß seine Behauptung und Anerkennung der Voraussetzung: Zahlungsunfähigkeit bez. Zahlungseinstellung, § 94, für das Gericht bindend sein und zur K.Eröffnung zwingen soll, ist (gegen v. Sarwey S. 488, 489) aus dem Gesetze nicht herauszulesen. Auch ist nicht aus dem Gegensatze zum § 97 durch arg. e contrario zu folgern, daß Glaubhaftmachung und Beweisführung für den Antrag des G.Schuldners absolut gleichgültig sein. Sollte der Erklärung des G.Schuldners eine solche bindende Wirkung beigemessen werden, so hätte dies ausdrücklich bestimmt werden müssen. Im Gegentheile ist durch § 94 gegeben, daß das Gericht zu prüfen hat, ob die Voraussetzung des § 94 vorliegt. Die Erklärung des G.Schuldners ist in Ermangelung mündlicher Verhandlung und eines schon schwebenden Rechtsstreits ohnehin kein gerichtliches Geständniß im Sinne des § 261 C.P.O. und kein vom Gesetze mit bindender Wirksamkeit ausgestellter Dispositionsakt, sondern ein „Antrag" und ein außergerichtliches Geständniß im Sinne der C.P.O. Sie ist als solches nur Beweisgrund und die Würdigung der Beweiskraft unterliegt daher der allgemeinen Beweisvorschrift des § 259 C.P.O., also der freien richterlichen Ueberzeugung. Das Gericht kann die Ueberzeugung von dem Bestehen der Voraussetzung des § 94 im Falle eines Antrags des G.Schuldners aus dessen Mittheilungen gewinnen, braucht keine sonstigen Ermittelungen zu veranlassen und kann sofort auf den Antrag die K.Eröffnung beschließen. Das Gericht ist indeß hierzu durch den Antrag allein nicht verpflichtet. Der § 96 selbst weist positiv auf die Beibringung von Verzeichnissen der Gläubiger und Schuldner und von einer Vermögensübersicht hin, was sachgemäß zugleich die Bedeutung haben soll, daß das Geständniß des G.Schuldners mit Rücksicht auf diese detaillirten Mittheilungen einer Prüfung unterzogen werden darf. Wenngleich thatsächlich selten das Gericht bei eigenem Antrage des G.Schuldners noch weitere Materialien bedürfen wird, so ist doch grundsätzlich durch § 96 auch nicht die Anordnung weiterer Ermittelungen ausgeschlossen. Vielmehr kann das Gericht nach §§ 65, 66 (Satz 1 arg. e contr.), 98 Satz 1 den G.Schuldner vernehmen und nach § 67 von Amtswegen weitere Ermittelungen veranstalten. Die Zulässigkeit derselben kann nicht deshalb beanstandet werden, weil im § 96 nicht, wie im § 97 Abs. 2 ausdrücklich darauf hingewiesen ist. Der Gegensatz zum § 97 Abs. 2 liegt vielmehr darin, daß beim Antrage eines Gläubigers dem Gerichte die Pflicht dazu auferlegt ist („hat zu hören" bez. „hat die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen") und das Bedürfniß zur Feststellung der Begründung näher liegt, während das Gericht keine Pflicht haben soll, beim Antrage des G.Schuldners weiter nachzuforschen. Diese Auslegung wird auch durch die Geschichte des § 96 bestätigt. Im Entw. § 96 war vorangestellt: „Beantragt der G.Schuldner die Eröffnung des Verfahrens, so bedarf es nicht eines Nachweises der Zahlungsunfähigkeit". Mit Rücksicht hierauf bemerkten die Mot. 329: dem G.Schuldner sei Nachweis und Glaubhaftmachung seiner Zahlungsunfähigkeit erlassen. In der R.K. wurde befürchtet, daß diese Bestimmung dahin ausgelegt würde: der Richter müsse auf jeden, auch

auf einen materiell unbegründeten, Antrag des G.Schuldners den Konkurs eröffnen. Jener Satz wurde deshalb gestrichen, während die R.K. darüber einstimmig war, daß die Streichung nicht die Bedeutung haben solle, als müsse der Richter außer dem Antrage des G.Schuldners noch sonstige Beweismittel verlangen. Prot. 74—76. A.M. v. Sarwey S. 490. Theilweise abweichend Stieglitz S. 460, 461, Petersen S. 342, v. Völdernborff II. S. 153—156.

3) Die Einreichung des Verzeichnisses der Gläubiger und Schuldner und der Vermögensübersicht ist zur Vollständigkeit des Antrags vorgeschrieben. Dies ist jedoch nicht derartig wesentlich, daß der Antrag zur Zeit zurückgewiesen werden müßte, wenn jener Vorschrift nicht entsprochen ist. Im E. I §§ 102, 104 war dies allerdings beabsichtigt: „Der Schriftsatz muß ein Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner und eine Uebersicht der Vermögensmasse enthalten". Nur wenn das Gericht den Antrag „den gesetzlichen Erfordernissen entsprechend findet", sollte nach dem E. I. ein Termin zur Verhandlung und Beschlußfassung über den Eröffnungsantrag angesetzt werden (vgl. Mot. v. 1873 II. S. 46, 47 und über die kategorische Bedeutung des „Muß" vgl. Mot. z. C.P.O. § 4). Die von der Vork. beschlossene Aenderung im § 96 hat jedoch diese unbedingte Nothwendigkeit beseitigt und dem Kridar, gegen welchen § 92 vor der K.Eröffnung noch nicht Anwendung findet, zwar die Verpflichtung auferlegt, dem Antrage jene ersten Grundlagen des Verfahrens beizufügen; dem Antrage kann aber auch (gegen v. Völdernborff II. S. 158, 159) stattgegeben werden, wenn die Verzeichnisse nicht oder nicht vollständig eingereicht sind bez. „nachgeliefert" werden. Schon aus dem Wortlaute des § 96 folgt, daß als Nachlieferung eine Einreichung nach erfolgter K.Eröffnung gestattet sein soll, wenn die Regel, daß die Verzeichnisse und die Uebersicht dem Antrage beigefügt würden, „nicht thunlich ist" Hätte bestimmt werden sollen, daß der Antrag bis zur Einreichung ignorirt werden müsse so hätte es der Schlußbestimmung wegen der Nachlieferung nicht bedurft; denn daß ein Antrag, wenn Anfangs unvollständig vorgebracht, später vervollständigt werden könne, versteht sich ohnehin von selbst und würde bei der so knappen Sprache der K.O. nicht besonders ausgedrückt sein. Vgl. Hullmann S. 241, v. Sarwey S. 490. Daß die Zulassung der Nachlieferung nach der K.Eröffnung beabsichtigt war, ergiebt auch der Gegensatz des Entw. § 97, dessen erster Satz von der Vork. dahin gefaßt war: „Beantragt ein Gläubiger die Eröffnung des Verfahrens, so muß er die Zahlungsunfähigkeit des G.-Schuldners und seine Forderung glaubhaft machen". Diese kategorische Vorschrift war von der Vork. beibehalten, während sie von ihr für das Erfordern der Verzeichnisse im § 96 gestrichen wurde. Die Zahlungsunfähigkeit kann unzweifelhaft vorliegen und zur schleunigsten K.Eröffnung Grund geben, während gerade bei umfangreichen Geschäftsverhältnissen eine gleichzeitige Einreichung des Verzeichnisses bez. der Uebersicht unmöglich ist. Für den Fall des Antrags eines Gläubigers (§ 97) ist ohnehin von der vorgängigen Kenntniß solcher Zusammenstellungen abstrahirt, weil der Richter „in den Fällen, in denen es nöthig und durchführbar sei, ohnehin die Befugniß habe, von dem Schuldner solche Verzeichnisse zu verlangen". Prot. 75, 76. Vgl. Anm. 4 zu § 97.

Das Gericht kann andererseits mit Rücksicht auf § 96 die K.Eröffnung vor Erledigung dieser Vorschrift ablehnen. Ob die Einreichung vor der K.Eröffnung thunlich ist, unterliegt dem richterlichen Ermessen. Hält sie das Gericht zur Gewinnung der Ueberzeugung von der Zahlungsunfähigkeit für nöthig, so kann es vor derselben die K.Eröffnung nicht aussprechen. Das Gericht kann dem G.Schuldner eine Frist zur Einreichung bestimmen, C.P.O. §§ 198 ff. Die Nichtinnehaltung der Frist hat die Folge, daß nach Ablauf derselben die Entscheidung für oder gegen die Eröffnung nach der Sachlage erfolgen wird. Einer Androhung der Folgen bedarf es nicht. C.P.O. § 209.

Der Zweck der Vermögensübersicht und der Verzeichnisse der Gläubiger und Schuldner ist die Gewinnung der ersten Grundlage für das Verfahren, Mot. 329. Welche Voll-

ständigkeit für Verzeichniß und Uebersicht gefordert werden soll, unterliegt dem richterlichen Ermessen. Die Mot. 329 machen aufmerksam: um dem Zwecke zu entsprechen, sei anzugeben, welche Vermögensstücke dem Anspruche auf Herausgabe oder auf abgesonderte Befriedigung unterliegen; der wahrscheinliche Werth zweifelhafter Forderungen, der Rechtsgrund und Betrag der Schulden seien anzugeben und die Wohnungsangabe betreffs der Gläubiger und Schuldner für das Verzeichniß wünschenswerth. — Ueber die Zulässigkeit der Zurücknahme des Antrags bis zum Eröffnungsbeschlusse vgl. Anm. 6 zu § 97.

§ 97.

Der Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Verfahrens ist zuzulassen, wenn[1] die Forderung des Gläubigers und die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft[2] gemacht werden.

Wird der Antrag zugelassen, so hat das Gericht den Schuldner zu hören[3] und, sofern dieser nicht seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumt, die erforderlichen[4] Ermittelungen anzuordnen.

Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben, wenn sie eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande erfordert;[5] in diesem Falle ist, soweit thunlich, ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners zu hören.[6]

E. I. 103—109. P. 118. 321. ff. 326.

1) Verfahren auf Antrag eines K.Gläubigers, § 97. Im Entw. lautete § 97: „Beantragt ein Gläubiger die Eröffnung des Verfahrens, so muß er die Zahlungsunfähigkeit des G.Schuldners und seine Forderung glaubhaft machen". „Das Gericht hat den Schuldner zu hören" u. s. w. Die R.K. beschloß die jetzige Fassung der Abs. 1 und 2 (und ebenso die gleiche Fassung in §§ 194 Abs. 2, 199 Abs. 2, 205 Abs. 2), um eine mißverständliche Auffassung auszuschließen, als wenn es nach der Glaubhaftmachung keines weiteren Nachweises bedürfe. Ohne die Glaubhaftmachung ist der Antrag überhaupt nicht vollständig und abzuweisen; sie ist immer nothwendige Vorbedingung. Die Zurückweisung des Antrags als unzulässig erfolgt durch Beschluß, welcher zuzustellen ist, § 66 Abs. 2, und gegen welchen die sofortige Beschwerde nach § 101 statthaft ist. Die Zulassung des Antrags hat, ohne daß sie durch besonderen Beschluß ausgesprochen zu werden braucht, das weitere Verfahren nach Abs. 2 zur Folge. Findet das Gericht die Voraussetzungen glaubhaft, so hat es nach Abs. 2 den Schuldner zu hören und kann alsdann noch weitere Ermittelungen vornehmen, muß dies aber nicht, sofern es sich von dem Vorliegen der Voraussetzungen überzeugt hat. Prot. 74, 75. Das Gericht kann in allen Fällen nach § 67 auch von Amtswegen Ermittelungen veranlassen.

2) Das „Glaubhaftmachen" wird von der C.P.O. namentlich für vorläufige Entscheidungen, durch welche den Rechten des Gegners nicht definitiv präjudizirt wird, statt eines zur „Ueberzeugung" führenden „Beweises" erfordert. C.P.O. §§ 266, 259. Es ist mit einer Bescheinigung nicht zu verwechseln. Vgl. § 70 preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 über Eigenthumserwerb, Obertrib.-Entsch. 79, 265, 267. Lediglich vom subjektiven Ermessen des Gerichts hängt es ab, was dasselbe glaubhaft findet. Die innere Wahrscheinlichkeit kann genügen. Sonst sind alle Beweis- d. h. Ueberzeugungs-Mittel in der umfassendsten Bedeutung des Wortes zulässig, auch Bescheinigungen der verschiedensten Art, eidliche und eidesstattliche Versicherungen, Berufungen auf Zeugen; — jedoch unter den Beschränkungen, daß eine Eideszuschiebung und eine Beweisaufnahme, welche nicht

sofort stattfinden kann, unstatthaft sind. Zeugen, auf welche Bezug genommen wird, sollen gestellt werden. C.P.O. § 266. Vgl. Anm. 1. — Andere Gläubiger können selbständige Anträge stellen, bez. für den Antrag eines Gläubigers interveniren, müssen indeß dazu ihr rechtliches Interesse d. h. ihre eigene Konkursforderung dem § 97 und C.P.O. §§ 63, 68 entsprechend ebenfalls glaubhaft machen. Ueber das Verhältniß mehrerer Gläubiger zu einander vgl. Anm. 6.

3) Abs. 2. Abgesehen von den Ausnahmen des Abs. 3 muß der G.Schuldner vor der K.Eröffnung gehört werden, d. h. es muß ihm Gelegenheit gegeben werden, mündlich oder schriftlich seine Erklärungen über den Antrag abzugeben. Erklärt er sich (in der ihm gegebenen Frist) nicht, so ist damit der Vorschrift vorgängigen rechtlichen Gehörs immerhin Genüge geleistet. Ueber die Formen des „Hörens" und der ferneren Verhandlung vgl. Anm. 1 zu § 96 und Anm. 2 zu § 66.

4) „Erforderlich" sind fernere Ermittelungen nur, wenn es noch nöthig ist, dem Gerichte die Ueberzeugung zu verschaffen, daß Zahlungsunfähigkeit vorliegt und daß ein K.Gläubiger den Antrag gestellt hat. Hat das Gericht diese Ueberzeugung, so ist eine weitere Beweiserhebung unnöthig. Daß stets fernere Ermittelungen nöthig seien, wenn der G.Schuldner sich nicht erklärt hat, wie v. Völdernndorff II. S. 263 meint, sagt Abs. 2 nicht. Er sagt nicht, daß Ermittelungen erforderlich seien, wenn der G.Schuldner nicht einräume, sondern daß dann die (etwa) erforderlichen Ermittelungen anzuordnen sind. Petersen S. 343. — Andererseits ist nicht e contrario zu schließen, daß, falls der Schuldner Zahlungseinstellung oder Unfähigkeit einräumt, das Gericht keine weiteren Ermittelungen anordnen darf. Es braucht durch das Zugeständniß nicht überzeugt zu sein und kann auch dann Beweiserhebung veranlassen. Hinsichtlich der Statthaftigkeit der Prüfung des Zugeständnisses des G.Schuldners gelten hier dieselben Grundsätze, wie hinsichtlich eines Antrags des G.Schuldners. Vgl. Stieglitz S. 462 Anm. f, Hullmann S. 242, Wengler S. 488. Abweichend meinen v. Sarwey S. 493 und v. Völdernndorff II. S. 163: wenn der G.Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräume, müsse K.Eröffnung erfolgen. Indeß durch das Einräumen der Voraussetzung der K.Eröffnung wird nicht ein Anspruch im Sinne des § 278 C.P.O. anerkannt; der alle Gläubiger betreffende, durch den Eröffnungsbeschluß anerkannte Konkursanspruch unterliegt nicht der allgemeinen Dispositon, weder des gerade den Antrag stellenden Gläubigers, noch auch des G.Schuldners. Auch hier unterliegt das Einräumen im Sinne des § 97 der richterlichen Thatsachenwürdigung nach C.P.O. § 259. — Ein Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner und eine Vermögensübersicht zu erfordern, wie im § 96 für den Antrag des Schuldners vorgeschrieben ist, ist für den Fall des Antrags eines Gläubigers nicht nöthig. Ein Antrag, dies auch im Falle des § 97 vom Schuldner zu fordern, ist von der R.K. abgelehnt. Prot. 76, 77. Anm. 3 zu § 96.

5) Abs. 3. Vgl. die analogen Bestimmungen der C.P.O. §§ 740, 743. Eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande sind nur dann erforderlich, wenn der Aufenthalt des Schuldners unbekannt ist, oder wenn derselbe bekannt ist, aber im Auslande liegt, C.P.O. § 186. Hat der Schuldner einen bekannten Aufenthalt in Deutschland, so muß er jedenfalls gehört werden, bevor der Konkurs eröffnet werden darf.

6) Wieweit die Zuziehung eines Vertreters oder eines Angehörigen des Schuldners thunlich, ist lediglich dem Ermessen des Gerichts nach den konkreten Umständen überlassen. Sie ist in keinem Falle obligatorisch; noch weniger dann, wenn am Orte des K.Gerichts ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners nicht gegenwärtig ist. Der Begriff eines Vertreters umfaßt nach Sinn und Zweck der Vorschrift im allgemeinsten Sinne Alle, welche an seiner Stelle Auskunft über seine Zahlungsfähigkeit und seine Vermögensverhältnisse geben können, wenngleich sie seine Rechte nicht vertreten können.

Dies ergiebt schon die Gleichstellung mit den Angehörigen. Der Begriff der „Angehörigen“ hat aus gleicher Rücksicht auf den Zweck mehr eine thatsächliche, auf alle zum Hausstande oder zur Familie des G.Schuldners Gehörigen sich beziehende, wie eine juristische Bedeutung.

Der Gläubiger kann bis dahin, daß die Eröffnung beschlossen ist, seinen Antrag zurücknehmen (vgl. Anm. 1 zu § 95), und hat dann die Kosten zu tragen. Anal. C.P.O. § 243. Ein anderer Gläubiger, welcher den Antrag aufnehmen will, hat dem § 97 vollständig zu genügen. Im Falle der K.Eröffnung sind die Kosten des Vorverfahrens Massekosten, § 51 Nr. 1. Mot. 329, 331. Wegen einer Zurücknahme des Antrags nach beschlossener Eröffnung s. Anm. 2 zu § 101. Die Vorschriften der C.P.O. § 243 über die Zurücknahme einer Klage finden zwar eine „entsprechende“ Anwendung hinsichtlich des Eintritts der Folge (wie wenn ein Antrag nicht gestellt wäre) und der Verpflichtung zur Kostentragung, § 243 Abs. 2, 3. Dagegen sind sie für die Formen der Zurücknahme mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des Verfahrens, des Zweckes und der Voraussetzungen nicht anwendbar. Als Form der Zurücknahme ist unter Berücksichtigung, daß amtsgerichtliches Verfahren, also ohne Anwaltszwang, stattfindet, und daß das Eröffnungsverfahren nicht ein ordentlicher Civilprozeß ist, vielmehr der Antragsteller mehr dem Gerichte als einem bestimmten Parteigegner gegenüber steht und die Voraussetzungen nachzuweisen hat, die gleiche Form, wie für den Antrag selbst als genügend anzusehen. Die Form eines dem Gegner zuzustellenden Schriftsatzes ist für die Zurücknahme des G.Schuldners ohnehin eine unmögliche; und auch für den antragstellenden Gläubiger in allen Fällen, worin der G.Schuldner nicht schon gehört ist, eine sachwidrige. Die Form des § 243 C.P.O. setzt eine schon an den Gegner erfolgte Klagezustellung voraus. — Ebenso ist die Vorschrift des § 243 Abs. 1, daß die Klage nach dem Beginne der „mündlichen Verhandlung“ nur mit Bewilligung des Gegners zurückgenommen werden kann, nicht analog anwendbar. Abgesehen davon, daß im K.-Verfahren eine mündliche Verhandlung im Sinne des Civilprozesses nicht stattfindet, besteht der Zweck dieser Vorschrift für den Civilprozeß darin, daß der Gegner eine rechtskräftige Entscheidung über den Klagegrund verlangen kann. Für den Antrag des Gläubigers auf K.Eröffnung fällt eine solche ratio legis fort. Der Gegner, also der G.Schuldner, kann selbst die K.Eröffnung beantragen, wenn er sie will; und er ist andererseits durch die Abweisung des Antrags eines Gläubigers nicht dagegen geschützt, daß nicht ein anderer Gläubiger sofort von Neuem einen besser begründeten Antrag vorbringt. Die Abweisung wirkt nicht objektiv gegen alle Gläubiger. Selbst der abgewiesene Gläubiger kann einen neuen Antrag mit besserer Begründung stellen. Jede Abweisung eines Antrags auf K.Eröffnung ist ohnehin der Natur der Sache gemäß nur eine Abweisung zur Zeit. In einem weiteren Umfange ist die Abweisung nicht der Rechtskraft im Sinne des § 293 C.P.O. fähig. Die Wirkungen der Rechtskraft einer abweisenden Entscheidung über den Eröffnungsantrag beschränken sich darauf, daß der einzelne abgewiesene Antrag erledigt ist und keine Folgen hat. Vgl. Anm. zu § 98 Abs. 2 und zu § 105. Anm. 2 zu § 130.

§ 98.

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und die Haft des Schuldners anordnen. Dasselbe kann alle zur Sicherung der Masse dienenden einstweiligen Anordnungen treffen.[1] Es kann insbesondere ein allgemeines Veräußerungsverbot an den Schuldner erlassen.[2] Wird das Verbot öffentlich bekannt gemacht, so findet auf Pfand- und Hypothekenrechte, welche im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes nach

der Bekanntmachung des Verbots erworben oder eingetragen worden sind, die Bestimmung des § 12 entsprechende Anwendung.[3)]

Bei[4)] der Abweisung des Eröffnungsantrages sind die angeordneten Sicherheitsmaßregeln aufzuheben.

E. I. 105. P. 137.

1) Voraussetzung für den § 98 ist, daß die darnach zulässigen Anordnungen in der Zeit vor der Beschlußfassung über die K.Eröffnung getroffen werden, und daß ein auf K.Eröffnung nach §§ 96, 97 zulässiger Antrag bereits vorliegt. Dies ergiebt sich aus der Stellung des § 98 in diesem Abschnitte über das Eröffnungsverfahren und aus der Bedeutung der §§ 96, 97. Für dies Zwischenstadium ist nur Raum, wenn der Eröffnungsantrag nicht schon sofort zurückzuweisen, aber auch nicht sofort der Konkurs zu eröffnen ist, also zum Antrage des G.Schuldners etwa noch die Einreichung der Verzeichnisse zu erwarten ist oder nach dem Antrage eines Gläubigers noch das fernere Verfahren des § 97 Abs. 2 stattzufinden hat. — Das zuständige „Gericht" kann nur das Konkursgericht sein, vor welchem allein das hier abgehandelte Eröffnungsverfahren anhängig gemacht werden kann. Ein anderes Gericht könnte, außer auf Ersuchen des K.Gerichts, nur Arreste gemäß der C.P.O. anordnen. — Sämmtliche Anordnungen des § 98 können von Amtswegen auf oder ohne Anregung getroffen werden.

Satz 1. Die zwangsweise Vorführung des Schuldners kann sachgemäß nur den Zweck haben, ihn im Vorverfahren zu hören, Anm. 2 zu § 96 und § 97 Abs. 2. Die Haft kann als Zwangsmittel zu demselben Zwecke, indeß auch zur Sicherung der Masse oder des Verfahrens, — bei Verdacht der Flucht, der Beseitigung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln, Handelsbüchern 2c., von unredlichen Handlungen, Kollusionen — angeordnet werden. Als Strafmittel ist die Haft in diesem Stadium noch nicht anzuordnen. Abweichend vom § 93 Abs. 2 ist hier die Anhörung des Schuldners vor der Haft nicht vorgeschrieben; im Uebrigen sind für die Anordnung der Haft die Bemerkungen in Anm. 2 zu § 93 auch hier zutreffend.

Satz 2. Als Anordnungen, zu welchen Satz 2 ermächtigt, können alle getroffen werden, welche den Charakter der einstweiligen haben, also keine definitive Entscheidung über Rechtsverhältnisse treffen, und welche „zur Sicherung der Masse" d. h. der K.Masse, falls Konkurs eröffnet wird, dienen, also um den K.Zweck der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger gegen das Vorgehen Einzelner und gegen die dadurch zu begründenden Pfandrechte (§ 41 Nr. 9, C.P.O. §§ 709, 810), sowie gegen Verfügungen des G.Schuldners zu sichern. Dahin gehören insbesondere Siegelung, Erlaß von Inhibitorien, Eintragung von Sperrvermerken in Grund- und Hypothekenbüchern. Vgl. über Vormerkungen für Immobilien preuß. Ausf.-Ges. v. 24. März 1879 §§ 18, 19; Eig.-Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 16, 22, 49, 59, 60, 70; Grundb.-Ordn. §§ 88, 100. Auch die Sequestration eines Grundstücks oder eines Geschäftsbetriebs, Ueberwachung oder einstweilige Verwaltung durch einen Sequester sind dahin zu rechnen, C.P.O. § 817. Die Sistirung eines Fabrikbetriebs 2c. würde den Begriff des Einstweiligen überschreiten, sofern es sich bei dem Betriebe um Erledigung von Geschäften handelt, welche mit Versäumung der Zeit definitiv beseitigt sind. In Betreff der einstweiligen Anordnungen finden C.P.O. §§ 814—822 nur entsprechende Anwendung. Außer Anwendung bleiben diejenigen Vorschriften der C.P.O. §§ 814 ff., welche im Gegensatze zum allgemeinen Sicherungszwecke des Konkurses die Regelung eines speziellen Rechtsstreits oder Rechtsverhältnisses voraussetzen. Der Schuldner hat auch kein Recht, durch Kautionsleistung die Maßregeln zu beseitigen, da es sich um die Sicherung der Masse für alle Gläubiger handelt und (gegen die Bemerk. v. Völdernborff II. S. 167) durch die Sicherung der Forderung eines antragstellenden Gläubigers die Masse für alle Gläubiger nicht gesichert

wird. Am wenigsten würde ein Vermögensstück der Masse als Sicherheit zur Abwendung einer Maßregel gegen einen anderen Bestandtheil der Masse dienen können. Indeß ist nicht ausgeschlossen, daß zur Abwendung und an Stelle einer bestimmten Maßregel eine ohne Verwendung der Masse angebotene Caution als gleichwerthige Sicherheit angenommen wird. Hinsichtlich der Aufhebung überhaupt ist zu berücksichtigen, daß, sofern nicht der ganze Antrag auf K.Eröffnung zurückgenommen ist, das K.Gericht für die einzelnen Sicherungsmaßregeln keines besonderen Antrages bedarf. Die Beseitigung eines auf spezielle Sicherungsmaßregeln gerichteten Antrags unterliegt daher (auch nach C.P.O. § 818) dem Ermessen des Gerichts.

2) Allgemeines Veräußerungsverbot. Ein an den Schuldner erlassenes allgemeines Verbot, nichts von der Masse zu veräußern (nach § 66 Abs. 2 dem Schuldner zuzustellen), ist eine der zulässigen Anordnungen „zur Sicherung der Masse" — vgl. „insbesondere" —, also der K.Gläubiger, § 2. Es hat daher nur relative Wirkung zu Gunsten der K.Gläubiger, mithin in dieser Beziehung im Sinne des Ausdrucks: „den K.Gläubigern gegenüber" gemäß §§ 6, 12, 22. Welche Wirkungen ein solches Veräußerungsverbot (ohne Veröffentlichung oder nach einer solchen) rücksichtlich der Rechte Dritter hat, und inwiefern die Kenntniß vom Verbote zur desfallsigen Wirksamkeit nöthig ist, bestimmt sich außerhalb der vom letzten Satze des Abs. 1 betroffenen Zwangsvollstreckungen und Arreste, also hinsichtlich aller freiwilligen Verfügungen des G.-Schuldners nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Mot. 330. Prot. 77. Aus der für die Erlassung des Verbots nothwendigen Voraussetzung, daß ein Antrag auf K.Eröffnung vorangegangen sein muß (Anm. 1), folgt, daß der Dritte, welcher den Erlaß des Veräußerungsverbots kennt, damit auch Kenntniß vom Eröffnungsantrage hat. Die Rechtshandlungen des G.Schuldners mit ihm bez. für ihn sind daher nach § 23 K.O. anfechtbar, Prot. 77. Hierauf beschränkt sich indeß die Wirkung des Verbots nicht. (A.M. v. Sarwey S. 497.) Für den Dritten, welcher das Verbot kennt, fehlt in seiner Stellung zu den K.Gläubigern („diesen gegenüber") dem G.Schuldner die Dispositionsbefugniß zur Veräußerung, d. h. zur Entäußerung von Rechten. Der Dritte hat also (auch abgesehen vom Konkursanfechtungsrechte aus den §§ 22 ff.) gegenüber den K.-Gläubigern diejenige Rechtstellung, welche das bürgerliche Recht einem Dritten anweist, welcher von einem nicht legitimirten Besitzer erwirbt, wobei die Redlichkeit des Erwerbes und was ihm gleichgestellt ist, wesentlich entscheidet. H.G.B. Art. 306, 307; A.L.R. I. 15 §§ 17 ff., I. 7 §§ 9, 11 ff.; I. 4 §§ 14—19. Für den mit dem Verbote Bekannten treten die Wirkungen des § 6 ein. Mandry S. 171; Stieglitz S. 465.

Eine allgemeine Fiktion, daß gegen einen Dritten das (veröffentlichte) Veräußerungsverbot wirksam sei, oder daß er es habe kennen müssen, ist nicht aufgestellt. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, wonach unter besonderen Umständen, namentlich zufolge der Gleichstellung einer hypothekarischen Eintragung eines solchen Verbots mit der Wissenschaft, das Verbot wirksam oder als bekannt vorausgesetzt wird (A.L.R. I. 4 § 19), bleiben, durch § 98 unberührt, bestehen. Hinsichtlich der Beschränkung der abgesonderten Befriedigung aus unbeweglichem Vermögen kann nach § 39 überhaupt die Landesgesetzgebung besondere Bestimmungen treffen. Für das preuß. Recht bleibt die in Anm. 1 angedeutete Befugniß des K.Gerichts zu beachten, das Verbot als Dispositionsbeschränkung betreffs der Grundstücke, sowie der Hypothekenforderungen im Grundbuche vermerken zu lassen.

3) Veröffentlichtes Veräußerungsverbot. Ist das Veräußerungsverbot (nach § 68) öffentlich bekannt gemacht, so soll die Wirkung des § 12 gegen die verbindliche Kraft der im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes später erworbenen bez. eingetragenen Pfand- und Hypothekenrechte ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte das Verbot oder die Veröffentlichung gekannt hat, eintreten. Es wird nicht blos diese

Kenntniß durch die Veröffentlichung ersetzt (dieser Grundsatz hat für die Wirkung des Abs. 1 Satz 4 die Bedeutung einer praesumtio juris et de jure, „diese rechtliche Fiktion wird nicht oft fern sein von der thatsächlichen Kenntniß", Mot. 331): sondern die Wirksamkeit wird im Umfange des § 12 durch die Veröffentlichung ebenso gehindert, wie wenn die K.Eröffnung erfolgt wäre; — vorausgesetzt, daß die K.Eröffnung demnächst wirklich erfolgt. Pfand- und Hypothekenrechte können nach der Veröffentlichung des Verbots durch Zwangsvollstreckung oder Arrest im Sinne und mit der Wirkung des § 12 „nicht mit verbindlicher Kraft gegen die K.Gläubiger erworben und eingetragen werden", so wie dies sonst gemäß dem § 12 nach der K.Eröffnung nicht geschehen kann. Auf andere Vorzugs- und Zurückbehaltungsrechte (welches § 12 ebenfalls umfaßt), erstreckt sich diese Wirkung nicht, auch nicht auf die freiwillige Einräumung von Pfand- und Hypothekenrechten, für welche es bei den Grundsätzen der Anm. 2 bewendet. Hinsichtlich des Erwerbs bez. der Eintragung von Pfand- und Hypothekenrechten durch Zwangsvollstreckung oder Arrest hat jedoch schon ein erlassenes, wenngleich nicht veröffentlichtes Verbot gegen diejenigen, welche es kennen, dieselben Wirkungen, wie das veröffentlichte gegen Alle; die Bekanntmachung kann rationell nur den Zweck haben, die Kenntniß zu vermitteln und die wirkliche Kenntniß kann nicht geringere Wirkung haben, als die fingirte. Mandry S. 172; Stieglitz S. 465; v. Völderndorff II. S. 171.

Die Form, in welcher der Verwalter gegen die schon schwebenden Zwangsvollstreckungen oder Arreste das Verbot geltend zu machen hat, ergiebt mit Rücksicht auf die grundsätzliche Stellung des Verwalters als Vertreters des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse die C.P.O. in den §§ 686, 807, 808. Er muß seinen Widerspruch im Wege der Klage beim Prozeßgerichte erster Instanz bez. gegen einen Arrest bei dem im § 807 bezeichneten Gerichte verfolgen und nach C.P.O. §§ 688, 689 die Einstellung bez. Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln beantragen.

4) Abs. 2. Aufhebung der Maßregeln. Die Aufhebung der Sicherheitsmaßregeln kann schon vor der Entscheidung über den Eröffnungsantrag erfolgen, wenn die sie begründenden Momente fortgefallen sind oder sich nicht stichhaltig oder unerweislich gezeigt haben. Der Anordnung, welche ohnehin vom Ermessen des Gerichts abhängt, ist nicht der Charakter der Unabänderlichkeit verliehen. v. Völderndorff II. S. 171; Petersen S. 347; Stieglitz S. 466.

Die Aufhebung muß bei der Abweisung des Antrags, also gleichzeitig mit derselben sofort und ohne Antrag erfolgen, die Abweisung mag vom K.Gerichte oder erst auf Beschwerde entschieden sein. Prot. 162. Eine gegen die Abweisung eingelegte sofortige Beschwerde (§ 101) hemmt an sich die mit der Abweisung als Vollziehungsmaßregel verbundene Aufhebung nicht; indeß kann nach C.P.O. § 535 Abs. 2, 3 dieselbe im Falle der sofortigen Beschwerde ausgesetzt werden. Daß dies auch ohne Beschwerde geschehen könne (v. Völderndorff II. S. 166, 171, anscheinend auch v. Sarwey S. 498) und daß die Aufhebung nach Abs. 2 überhaupt erst bei rechtskräftiger Abweisung erfolgen solle (v. Völderndorff II. S. 171), widerspricht der Zulassung und dem Wesen der sofortigen Beschwerde. Stieglitz S. 467; Petersen S. 348.

„Die durch die Maßregeln herbeigeführten Kosten gehören zu den Kosten des Eröffnungsverfahrens, welche dem abgewiesenen Antragsteller zur Last fallen." Für den Fall der Eröffnung sind sie Massekosten, § 51. Mot. 331. Durch eine zulässige Zurücknahme des Antrags werden bei dem bedingten Charakter der Maßregeln (Anm. 3) dieselben beseitigt. Prot. 162.

§ 99.

Die Abweisung des Eröffnungsantrags kann erfolgen, wenn nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.[1]

E. I. 108. P. 306. 339.

1) Das Ermessen des Gerichts ist insoweit selbstverständlich beschränkt, daß Gegenstände, welche nach § 1 gesetzlich nicht zur K.Masse gehören würden, nicht, alle anderen aber mit zu berechnen sind; die mit Absonderungsrechten belasteten, soweit sie einen Ueberschuß erwarten lassen. Hiernach richtet sich auch, wie weit die an die Person des G.Schuldners gebundenen Einkünfte zu berücksichtigen sind (P. § 339). Das Gericht kann die Möglichkeit berücksichtigen, durch Anfechtungen Objekte zu beschaffen, da solche Ansprüche ebenfalls Ansprüche der K.Masse sind. Mot. 331, 332. Vgl. Puchelt in Busch Zeitschr. Bd. 3 S. 9 ff. — Entscheidend ist, ob die Masse entsprechend ist. Die mit Rücksicht auf die ähnlichen Vorschriften der P. §§ 306, 369 vielfach von Kaufleuten behauptete Ansicht, daß es genüge, wenn der Antragsteller einen entsprechenden Betrag einzahle (selbst nur als Kaution zahle), ist natürlich unbegründet. Derartige Zahlungen könnten höchstens auf das Ermessen des Gerichts hinsichtlich der Mitberechnung von Anfechtungs- und zweifelhaften anderen Ansprüchen von Einfluß sein. Vgl. auch §§ 184 Abs. 1, 190. — Der Antragsteller hat zwar die Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtskostengebühr als Vorschuß, Ger.-Kost.-Ges. §§ 82, 53; jedoch keine Verpflichtung zu sonstigen Vorschüssen für die Masse.

Im E. I. § 108 war bestimmt, daß mit einer nur aus dem Grunde des jetzigen § 99 erfolgenden Abweisung des Eröffnungsantrags für den Schuldner in Bezug auf die Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte dieselben Folgen verknüpft sein sollten, welche die Eröffnung des K.Verfahrens gesetzlich nach sich zieht. Die Vork. hat jedoch alle Vorschriften über den Einfluß der K.Eröffnung auf die bürgerlichen Ehrenrechte aus der K.O. als nicht in ihren Bereich fallend beseitigt, Vorbem. vor § 188. Indeß für Elsaß-Lothringen vgl. § 31 Einf.-Ges. v. 8. Juli 1879, v. Möller'sche Samml. (Althoff) D. S. 99. — Im E. I., welcher überhaupt eine mündliche Verhandlung über den Eröffnungsantrag erforderte, war in Folge dessen angenommen, daß eine Zurückweisung wegen unzureichender Masse im Dekreturwege nicht zulässig sei. Mot. v. 1873 II. 47. Nach § 66 Abs. 1 erfordert jetzt auch eine solche Abweisung nicht eine mündliche Verhandlung, Anm. 1 zu § 96.

§ 100.

Der Eröffnungsbeschluß[1] hat die Stunde der Eröffnung anzugeben.[2] Ist dies versäumt worden, so gilt[3] als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluß erlassen ist.[4]

E. I. 104. 110. P. 119. 121. ff. 326. 328.

1) Der Eröffnungsbeschluß enthält materiell die Feststellung, daß der Konkursanspruch der Gläubiger in der früher (Vorb. 1 vor § 1) ausgeführten Bedeutung als begründet anerkannt wird. Während die Verneinung dieser Feststellung in der Zurückweisung eines Eröffnungsantrags einem anderweiten Antrage nicht präjudizirt, Anm. 6 zu § 97, so wirkt die Eröffnung, wenn beschlossen, mit einheitlicher Wirkung für alle Betheiligten und kann auch nur mit Rücksicht auf diese einheitliche Wirkung in der Beschwerdeinstanz des Eröffnungsverfahrens behandelt werden. Ein Verhältniß, worin einzelnen Betheiligten gegenüber Konkurs bestände, dagegen Anderen gegenüber nicht, ist dem Wesen des Konkursanspruchs, der par conditio creditorum, begrifflich widersprechend und würde praktisch nicht durchführbar sein. Hieraus ergiebt sich die prozessua-

lische Stellung mehrerer antragstellender Gläubiger im Eröffnungsverfahren zu einander und gegenüber dem G.Schuldner als dem § 59 C.P.O. entsprechend.

Die im Eröffnungsbeschlusse enthaltene Anerkennung des K.Anspruchs ist ein Ausspruch des rechtsprechenden (erkennenden) Gerichts, welcher das bereits Vorhandensein des Anspruchs bestätigt, ohne zu fixiren, seit wann er bestanden hat. Der Ausspruch erzeugt nicht materiell den Konkurs und den K.Anspruch, sondern bringt nur das K.Verfahren ins Leben, in welchem der K.Anspruch zu verwirklichen ist. Wie der Begriff des K.Anspruchs das gesammte materielle Konkursrecht beherrscht, so ist das gesammte Konkursverfahren die Ausführung des Eröffnungsbeschlusses. Der Ausspruch desselben ist deshalb nicht blos ein derartig prinzipieller, wie die Entscheidung eines Feststellungsprozesses im Sinne des § 231 C.P.O., sondern außer dieser allerdings ebenfalls darin enthaltenen grundsätzlichen Feststellung eine Entscheidung, welche sofort ausführbar bez. entsprechend vollstreckbar ist, ohne daß noch eine auf Leistung gerichtete Entscheidung hinzuzutreten braucht. Während im Uebrigen die Ausführung durch die Vorschriften über das K.Verfahren geregelt ist, wirkt der Beschluß insbesondere gegenüber dem G.Schuldner, zufolge der Vollstreckungsvorschrift des § 702 Nr. 3 C.P.O. als eine durch Beschwerde anfechtbare Entscheidung mit der unmittelbaren Kraft eines Vollstreckungstitels behufs der Uebertragung des Besitzes und der Verwaltung der K.Masse an den Verwalter gemäß §§ 5, 107, vgl. Anm. 1 zu § 107.

Als Form des Eröffnungsbeschlusses ist durch dessen Bezeichnung als Beschluß die civilprozeßordnungsmäßige Form des Beschlusses gegeben und die Form des Urtheils (C.P.O. § 284) dadurch unnöthig erklärt. Die Beifügung von Thatbestand und Gründen ist demnach nicht erforderlich. A.M. v. Völderndorff II. S. 176. Die Zustellung (§ 66) erfolgt durch öffentliche Bekanntmachung bez. besondere Zustellung, wie im § 103 vorgeschrieben, mit der Wirkung, daß die öffentliche Bekanntmachung nach § 68 Abs. 3 auch als Zustellung für die antragstellenden Gläubiger und den G.Schuldner wirkt. Die nach § 103 bekannt zu machende „Formel" des Beschlusses ist dessen Tenor: „über das Vermögen des N. ist am 1. April 1881 Vormittags 11 Uhr der Konkurs eröffnet".

Die französische, die belgische und die preuß. K.Gesetzgebung lassen auch einen Tag des Eintritts der Zahlungseinstellung mit verbindlicher Kraft für alle davon abhängigen Verhältnisse ein für allemal festsetzen, und gestatten gegen eine solche Festsetzung deren Anfechtung durch Klage bez. Rechtsmittel. Hiervon ist in der K.O. Abstand genommen. Die Mot. bemerken mit Recht: Die Zeit der Zahlungseinstellung, welche nur für das materielle K.Recht bei den Anfechtungs- und Kompensationsstreitigkeiten (§§ 23 ff., 48) einen Einfluß hat, ist sachgemäß nur unter Zuziehung der in dieser Hinsicht Betheiligten und als Theil des desfallsigen Rechtsstreits zu erörtern und zu ermitteln. Die Einheitlichkeit einer Festsetzung hierüber liegt auch nicht unbedingt im gemeinsamen Interesse und kann, soweit sie wünschenswerth ist, durch Geltendmachung des Materials seitens des Verwalters gefördert werden. Im Eröffnungsverfahren selbst haben gerade die Betheiligten meistens, der Verwalter niemals Gelegenheit zu einer Erklärung. Zudem ist dieser frühe Zeitpunkt zur Bestimmung des Anfangs der Zahlungseinstellung ein möglichst ungeeignetes Stadium. Mot. 332—324. Soweit daher in einem Rechtsstreite eine Zeit der Zahlungseinstellung vor der K.Eröffnung wichtig wird und Streit hierüber entsteht, ist es Sache der Betheiligten, die entsprechenden Behauptungen ebenso wie sonstige Begründungen für Angriffs- oder Vertheidigungsmittel aufzustellen und nachzuweisen. Der Prozeßrichter, nicht das Konkursgericht hat darüber zu entscheiden. Vgl. Vorbem. 2 vor § 22.

2) Die sämmtlichen Wirkungen des K.Verfahrens beginnen mit dem Zeitpunkte der Eröffnung bez. setzen denselben für das Maß der Rechte und Pflichten der Betheiligten voraus und ist deshalb dessen genaue Feststellung wichtig. Vgl. § 6 Abs. 3. Natürlich

soll nur der wirkliche Zeitpunkt „angegeben" werden, worin die Eröffnung erfolgt ist. Es handelt sich „hierbei nicht um eine richterliche Entscheidung, sondern um eine Beurkundung." Mot. 332. In den Mot. ist ferner bemerkt: „die Eröffnung fällt mit dem Augenblicke der Verkündung des Urtheils zusammen, da erst durch die Verkündung der Beschluß bindende Kraft erhält." Mot. 332. Indeß dieser Satz ist wörtlich aus den Mot. zum Entw. I. (Bd. 2 S. 55) abgeschrieben, in welchem eine mündliche Verhandlung und die Verkündung für das Eröffnungsverfahren in Aussicht genommen war. Für das anders konstruirte Eröffnungsverfahren der K.O., worin eine Verkündung zwar zulässig, aber nicht obligatorisch ist und nicht die Regel sein wird, ist der Satz nicht mehr zutreffend. Vgl. Anm. 1 zu § 96. Maßgebend ist nach § 100, wann die Eröffnung erfolgt ist (Abs. 1) und nach der aus dem Abs. 2 hervorgehenden Erläuterung, wann der Beschluß erlassen ist. Daß dabei die Bekanntmachung bez. Zustellung des Beschlusses (§ 103) bedeutungslos sein soll, folgt schon daraus, daß auch die Stunde der Eröffnung zu beurkunden ist, während die Stunde für die Wirkung der Bekanntmachung durch § 68 Abs. 1 stets eine gesetzlich schon relativ gegebene ist. Dadurch, daß das Gericht, also der Amtsrichter, die Eröffnung bei sich beschließt, oder niederschreibt, oder auch durch den Gerichtsschreiber niederschreiben läßt, (wenn er etwa darauf das Geschriebene in seine Tasche steckt oder in sein Pult legt), ist der Beschluß noch nicht „erlassen", sondern bleibt so lange noch ein Entwurf, ein abänderliches Internum des Gerichts. Erlassen (d. h. herausgelassen, vgl. sprachlich: Erlaß, proclama) ist der Beschluß, wenn vom Richter die Ausführung angeordnet bez. dem Gerichtsschreiber übertragen ist, was thatsächlich wohl stets mit dem Niederschreiben oder Niederschreibenlassen zusammenfallen wird. Die Stunde dieser Anordnung ist daher im Beschlusse als Stunde der Eröffnung zu bezeichnen.

Die Angabe des Beschlusses über die Zeit der Eröffnung ist dadurch, daß die Zeit nicht angeordnet, sondern beurkundet wird, der Anfechtung mittelst der Beschwerde nicht entzogen. Die Beurkundung selbst gehört zu den, in der C.P.O. § 383 bezeichneten Urkunden, gegen deren Inhalt der Beweis der Unrichtigkeit zulässig ist. Der Richter, welcher am Abend die Eröffnung angeordnet hat (wovon immer noch das Vorbereiten eines Entwurfs für eine Tags darauf vorbehaltene Anordnung zu unterscheiden bleibt), darf weder eine frühere Stunde des Tages noch einen späteren Tag als Zeit der Eröffnung angeben. Die Angabe der Zeit bildet nach Abs. 1 einen Theil des Beschlusses und § 101 schließt die Beschwerde gegen diesen Theil nicht aus.

3) Der Abs. 2 stellt behufs unzweifelhafter Feststellung der Zeit „eine Fiktion auf, gegen welche ein Gegenbeweis nicht zulässig ist." Mot. 332. Die Mittagsstunde gilt indeß nebst dem gesammten Beschlusse nur dann, wenn und soweit der Eröffnungsbeschluß selbst wirksam ist und bleibt, also unbedingt nur mit dessen Rechtskraft. Dagegen steht dem G.Schuldner, wie gegen den Beschluß selbst, so auch gegen die kraft Gesetzes nach Abs. 2 damit verbundene Zeitbestimmung behufs Berichtigung derselben die sofortige Beschwerde (§ 101) zu. Vgl. vorst. Anm. 2.

4) Hinsichtlich des „Erlassens" des Beschlusses vgl. vorst. Anm. 2. — Ueber die nicht vermögensrechtlichen Folgen der K.Eröffnung vgl. Vorb. 2 vor § 188.

§ 101.

Die sofortige Beschwerde[1)] steht gegen den Eröffnungsbeschluß[2)] nur dem Gemeinschuldner,[3)] gegen den abweisenden Beschluß nur demjenigen zu, welcher den Eröffnungsantrag gestellt hat.[4)]

E. I. 111. P. 124. 330.

1) Die Beschwerde (vgl. Anm. 5 zu § 66) hat an sich keine aufschiebende Wirkung. Aber sowohl das G.Gericht als das Beschwerdegericht können die Vollziehung des Be-

schlusses, sobald Beschwerde erhoben ist, aussetzen. Das Beschwerdegericht kann auch andere einstweilige Anordnungen treffen. C.P.O. § 535. Es kann also auch die Vollziehung eines abweisenden Beschlusses ausgesetzt bez. die Fortdauer oder Neuanordnung der Sicherheitsmaßregeln des § 98 angeordnet, ebenso die Ausführung des Eröffnungsbeschlusses (§ 102) inhibirt werden. — Ueber die Beschwerde entscheidet das Landgericht. Zu beachten ist die Zulässigkeit der weitern Beschwerde gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts, wenn darin ein „neuer selbständiger Beschwerdegrund" enthalten ist. C.P.O. § 531. Vgl. darüber Anm. 5 zu § 66. Wird auf die Beschwerde der Beschluß des K.Gerichts abgeändert, so ist für den andern Theil (G.Schuldner bez. Antragsteller) der nunmehrige entgegengesetzte Beschluß ein „neuer" Beschwerdegrund, die Begründung der Beschwerde vorausgesetzt. (Im E. I. § 111 war die Berufung statt der Beschwerde vorgeschlagen).

2) Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Eröffnung ist der Grundsatz durchgreifend, daß die Eröffnung nur auf Antrag erfolgen kann, § 95. Ist auf Antrag eines Gläubigers die Eröffnung beschlossen, gegen den Beschluß jedoch rechtzeitig vom G.-Schuldner Beschwerde erhoben, so kann auch während der Beschwerdeinstanz der Antragsteller den Antrag wirksam zurücknehmen. Sind dem Antrage andere Gläubiger beigetreten, so würde die Zurücknahme seitens aller Antragsteller nöthig sein. Auf die Bemerkung von Hagens: der Fall der Zurücknahme vor der Bestätigung des Eröffnungsbeschlusses nach erhobener Beschwerde liege nicht anders, wie eine Zurücknahme vor dem Erlasse des Beschlusses, ist in der R.K. ein Antrag: eine solche Zurücknahme der Abweisung des Antrages im § 98 Abs. 2 gleichzustellen, als überflüssig abgelehnt. Prot. 162. Ueber die Erneuerung des Antrags seitens des abgewiesenen oder eines andern Gläubigers und über die Anwendbarkeit der C.P.O. §§ 243, 293 vgl. Anm. 6 zu § 97.

3) Gegen den Eröffnungsbeschluß hat (wie im P. §§ 124, 330) kein Gläubiger eine Beschwerde. Der G.Schuldner hat dagegen, daß auf seinen eigenen Antrag der Konkurs eröffnet ist, keine Beschwerde, da er hierdurch nicht verletzt ist. Indeß steht ihm die Beschwerde darüber zu, daß ein Antrag als von ihm gestellt berücksichtigt ist, welcher überhaupt nicht von ihm oder einem legitimirten Vertreter gestellt war oder daß sein Antrag vor der Eröffnung zurückgenommen war, also zur Zeit der Eröffnung kein zulässiger Antrag vorlag, § 95 Abs. 1,

4) Gegen den abweisenden Beschluß hat der Antragsteller die Beschwerde, es mag ein Gläubiger oder der G.Schuldner sein. Darnach richtet sich auch die zulässige weitere Beschwerde. Andere Gläubiger mögen selbständige Anträge stellen. — Das Beschwerdegericht kann, wenn es die Beschwerde gegen die Abweisung begründet findet, selbst den Konkurs eröffnen, was indeß wegen der nach § 102 nöthigen gleichzeitigen Anordnungen schwerlich praktisch ist, oder dem K.Gericht „die erforderliche Anordnung" d. h. hier die K.Eröffnung übertragen. C.P.O. § 538.

§ 102.

Bei[1] der Eröffnung des Konkursverfahrens ernennt das Gericht den Konkursverwalter, verordnet einen nicht über einen Monat hinauszusetzenden Termin[2] zur Beschlußfassung über die Wahl eines anderen Verwalters, sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses, erläßt den offenen Arrest und bestimmt die Anmeldefrist und den allgemeinen Prüfungstermin.[3]

Das Gericht kann die Termine verbinden, wenn die Konkursmasse

von geringerem Betrage oder der Kreis der Konkursgläubiger von geringerem Umfange ist.[4)]

E. I. 104. 112. P. 123. 128. 148. 164. 168. 329.

1) Die im Abs. 1 bezeichneten Anordnungen sollen bei der Eröffnung, also gleichzeitig mit derselben, sofort und ohne Antrag getroffen werden. Vgl. Anm. 4 zu § 98.

2) Der erste Termin (Wahltermin) ist die erste G.Versammlung, worin die Wahl eines andern Verwalters (§ 72), Bestellung und Wahl des G.Ausschusses (§ 79), Bericht des Verwalters (§ 119), und Beschließung über die im § 120 erwähnten Fragen zu erledigen sind. Der Termin soll nicht über einen Monat hinausgesetzt werden. Einer Verzögerung ist jedoch kein Präjudiz entgegengesetzt. Vgl. Abs. 2. Für die Berechnung der Frist von einem Monat ist C.P.O. § 200 maßgebend.

3) Ernennung und Wahl des Verwalters bez. Gläub.-Ausschusses, s. §§ 70, 72, 79. Offener Arrest s. § 108. Anmeldefrist s. § 126. Prüfungstermin s. § 129.

4) Soll der Prüfungstermin mit dem ersten Termin verbunden werden, so kann er mit Rücksicht auf die Minimalfristen des § 126 nicht vor einem Monate angesetzt werden, und ist außerdem noch die Zeit von dem Zeitpunkte ab zu berechnen, mit welchem die Bekanntmachung nach § 68 erst als bewirkt gilt.

§ 103.

Der Gerichtsschreiber hat die Formel des Eröffnungsbeschlusses, den offenen Arrest, die Anmeldefrist und die Termine sofort öffentlich bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung ist, unbeschadet der Vorschriften des § 68 Abs. 1, auszugsweise in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken.[1)]

An die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger und Schuldner des Gemeinschuldners erfolgt besondere Zustellung.[2)]

E. I. 113. P. 123. 128. 148. 164. 168. 329.

1) Ueber die Formel (Abs. 1) vgl. Anm. 1 zu § 100. — Abs. 2. Die öffentliche Bekanntmachung gemäß Abs. 1 muß behufs ihrer Wirksamkeit nach § 68 Abs. 1 erfolgen, dessen Befolgung wesentlich ist. Dieselbe soll ferner obligatorisch (abweichend vom § 68 Abs. 2) im Reichsanzeiger eingerückt werden; diese Insertion soll aber nicht essentiell sein und um dies schärfer zu betonen, ist von der R.K., welche diesen Unterschied in der Fassung des Entw. nicht genügend ausgedrückt fand, die jetzige Redaktion beschlossen. Prot. 78. Der zweite Satz des § 103 lautete im Entw.: „Die Bekanntmachung erfolgt auch durch auszugsweise Einrückung in das Reichscentralblatt." Unter Aenderung der Fassung ist zu jenem Zweck der zweite Satz als besonderer Abs. 2 neben dem die allgemeinen Vorschriften über die öffentliche Bekanntmachung voraussetzenden Abs. 1 gestellt. Außer der „öffentlichen Bekanntmachung" (Abs. 1), welche gesetzlich nach § 68 erfolgt und hierdurch bewirkt ist, soll eine Einrückung im Reichsanzeiger erfolgen. Mit derselben Bedeutung findet Abs. 2 auch für die Fälle der §§ 105, 151, 175, 191 Anwendung. In Konsular-Konkursen ist indeß die Einrückung der öffentlichen Bekanntmachung in den Reichsanzeiger in keinem Falle erforderlich. Ges. über die Konsulargerichtsb. v. 10. Juli 1879 § 45. Ueber die Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung vgl. insbesondere auch § 7 und Anm. zu § 108.

2) Die besondere Zustellung erfolgt nach § 69. Ihre Unterlassung hindert jedoch die Wirksamkeit der Bekanntmachung nach § 68 Abs. 3 nicht. Vgl. Anm. 2 zu § 68.

§ 104.

Der Gerichtsschreiber hat unter Bezeichnung des Konkursverwalters beglaubigte Abschriften der Formel des Eröffnungsbeschlusses den Behörden für die Führung des Handels- oder Genossenschaftsregisters oder ähnlicher Register und der Dienstbehörde des Gemeinschuldners mitzutheilen.[1]

E. I. 114. P. 123.

1) Diese Mittheilungen müssen gesetzlich in Folge der K.Eröffnung erfolgen im Gegensatze zu der nach § 111 nur „auf Anordnung des K.Gerichts" erfolgenden Beschlagnahme der Sendungen bei Post- und Telegraphen-Anstalten. Prot. 78, 79. Was die betheiligten Behörden in Folge der Mittheilung zu thun haben, ist in der K.O. nicht bestimmt und bleibt der Landesgesetzgebung überlassen. In dem preuß. Ausf.Ges. vom 6. März 1879 §§ 12, 13 ist bestimmt: der Gerichtsschreiber hat der Staatsanwaltschaft des Landgerichts eine Abschrift des Beschlusses unter Bezeichnung des K.Verwalters mitzutheilen, § 12.

Die K.Eröffnung ist auf Grund der nach § 104 erfolgenden Mittheilung in das Handelsregister einzutragen, ohne öffentliche Bekanntmachung der Eintragung, § 13. Vorausgesetzt ist dabei, daß die Firma des G.Schuldners im Handelsregister eingetragen ist, um dabei die K.Eröffnung zu vermerken. Ueber die Folgen der Eintragung ist nichts bestimmt und für die Entscheidung der Frage, ob schon die Thatsache der K.Eröffnung das Erlöschen der Firma (einer Handelsgesellschaft bez. eines Einzelnkaufmanns) bewirkt, — vgl. Keyßner über d. Eintragung der K.Eröffnung in das Einzelfirmenregister in Busch Archiv f. Hand. Bd. 2 S. 194 — soll durch die Vorschrift des § 13 nicht präjudicirt werden. Vgl. Mot. z. Ges. v. 6. März 1879.

Wegen der Ausf.Ges. anderer Bundesstaaten betreffs der Eintragung in das Handelsregister vgl. v. Wilmowski Ausf.Ges. z. K.O. Register unter „Handelsregister".

§ 105.

Sobald eine den Eröffnungsbeschluß aufhebende Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat,[1] ist die Aufhebung des Verfahrens öffentlich bekannt zu machen. Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104 finden entsprechende Anwendung.

E. I. 198—203. P. 126.

1) Nach der C.P.O. § 645 tritt die Rechtskraft „vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels gehemmt." Der daselbst gleichfalls als hemmend erwähnte Einspruch gegen ein Versäumnißurtheil ist hier einflußlos, da die K.O. kein Versäumnißurtheil kennt. Anm. 2 zu § 65. Dagegen ist die Zulässigkeit einer „weiteren Beschwerde" (Anm. 1 zu § 101) zu berücksichtigen.

§ 106.

Inwiefern die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen, und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.[1]

E. I. 120. P. 137. 150.

1) Alles was die Eintragung in Grund- oder Hypothekenbüchern betrifft, ist der Landesgesetzgebung überlassen; auch die Frage, ob den Grundbuchämtern Mittheilung von

der K.Eröffnung zu machen ist. Daß diese Mittheilung jedenfalls erfolgen müsse, ist (gegen v. Völderndorff II. S. 191, 192) aus § 106 nicht zu folgern. — Nach E. I. § 120 sollte der Verwalter sofort bei der zuständigen Behörde beantragen, daß die Eröffnung des Verfahrens und der Tag derselben in das Grund- oder Hypothekenbuch eingetragen werde. Indeß nicht nur die Wirkung, welche § 6 gegenüber einem gutgläubig vor Eintragung des Vermerks verhandelnden Dritten oder dessen Rechtsnachfolger äußert und die Beseitigung dieser Wirkung durch einen Vermerk sind landesgesetzlich verschieden; sondern auch die Formen, unter welchen die Eintragung eines Vermerks zu erreichen ist. Im Gebiete des französischen Hypothekenrechts kann sich der Verwalter unmittelbar an die Hypothekenbehörde wenden (Code art. 500. Ges. v. 1838 Art. 490). Nach dem preuß. Ges. v. 5. Mai 1872, betr. Eigenth. §§ 13, 14, 49 u. Grundbuchordn. §§ 41, 91, ist die Vermittelung des K.Gerichts nöthig. Ungeachtet der Wichtigkeit des Vermerks ist daher die Regelung dieser Sicherheitsmaßregel, sowie auch sonst der Rechte an Immobilien (§ 39, C.P.O. §§ 731, 757, 811) der Landesgesetzgebung überlassen. Mot. 335, 336.

Im preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 §§ 14, 15 sind die bisherigen Vorschriften dahin ergänzt, daß die Eröffnung, bez. Aufhebung oder Einstellung des Konkurses den Lokalgerichtsbehörden der zu einer K.Masse gehörigen Grundstücke behufs der Berücksichtigung bei ferneren Dispositionen über die Grundstücke mitzutheilen ist (§ 14) und sind die Erfordernisse einer Eintragung, sofern sie (nach rhein. Rechte) nicht auf Ersuchen des K.Gerichts erfolgt, bestimmt, § 15 Abs. 2. Im Uebrigen bestimmt § 15: „Inwiefern die Eröffnung oder Aufhebung des K.Verfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den bestehenden Vorschriften. Die Vorschriften finden auch auf die Wiederaufnahme und die Einstellung des Verfahrens entsprechende Anwendung." Für das Geltungsgebiet der preuß. K.Ordnung vom 8. Mai 1855 bewendet es daher bei den Vorschriften des § 150 derselben, des Eigenth.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 §§ 13, 14, 49 und der Grundbuchordn. §§ 41, 91, wonach die zuständige Behörde, also hier das Konkursgericht, beim Grundbuchrichter die Eintragung jeder Dispositionsbeschränkung zu beantragen hat, welche der Eigenthümer nicht in verfügungsfähigem Zustande selbst bewilligt. Die Eintragung erfolgt in der Abtheil. II. des Grundbuchs. Grundbuchordn. § 91. Vgl. v. Wilmowski, Ausf.Ges. z. K.O. S. 25, 26. Wegen der Landesgesetzgebungen für die anderen deutschen Staaten hinsichtlich der Eintragungen in Grund- oder Hypothekenbücher vgl. v. Wilmowski Ausf.Ges. z. K.O. Register unter „Grundbuch"; für Elsaß-Lothringen § 30 Einf.-Ges. vom 8. Juli 1879, v. Möller'sche Sammlung D. S. 99.

Dritter Titel.

Theilungsmasse.

Die K.O. kennt mit dem gemeinen Rechte keinen Unterschied in den Befugnissen des K.Verwalters hinsichtlich verschiedener Stadien. Der französische Code (art. 454, 458) theilte die Verwaltung in drei Epochen und bestimmte als Verwalter für die erste Periode Fallimentsagenten, vom Handelsgerichte unbeschränkt zu ernennen; für die zweite provisorische Syndiken, vom Handelsgerichte aus einer von den Gläubigern aufgestellten Liste zu ernennen; und für die dritte definitive Syndiken, von den Gläubigern allein zu wählen. Das französ. Ges. v. 1838 Art. 451, 452 beseitigte die Agenten und unterscheidet noch provisorische Syndiken, deren Verwaltung sich im Wesentlichen auf Erhaltung, Ermittelung, Sicherung und vorläufige Benutzung der Masse beschränken soll, von den definitiven. Vgl. Einl. § 1. Diese Unterscheidung ist in die preuß. K.O. für den kaufmännischen

Konkurs durch Sonderung der Verwaltungsbefugnisse einstweiliger und definitiver Verwalter übergegangen; desgleichen in die österr. K.O. und bayr. P.O. Sie ist, wie von der englischen und nordamerik. Gesetzgebung, so auch von der K.O. reprobirt, weil die K.O. einen Zeitpunkt der s. g. Konstituirung der Gläubigerschaft mit dem Fortfall der Präklusion von Gläubigern ohnehin nicht kennt, die Art der Verwaltung sich nach den konkreten Umständen richtet und eine Sonderung dem Rechte der Gläubiger auf möglichst schnelle Befriedigung verzögernd entgegentritt. Zur Vermeidung übereilter oder sachwidriger außerordentlicher Verfügungen ist jedoch, abgesehen von der gesetzlichen Zuziehung der Gläubiger zur Verwaltung, in den Fällen der §§ 121—123 dem G.Schuldner das Recht gegeben, die Beschlußfassung des Gerichts und bez. einer G.Versammlung über seinen Widerspruch herbeizuführen. Mot. 337—340. Vgl. Anm. 3 zu § 121.

Unter der eben erwähnten Beschränkung und unter der weitern im § 91 enthaltenen Einschränkung ist der K.Verwaltung das Prinzip der Selbstverwaltung ohne gerichtliche Einmischung oder Bevormundung zu Grunde gelegt. Der Verwalter ist in den gesetzlich bestimmten Fällen (§§ 120— 123) an die Entschließung des G.Ausschusses bez. der G.-Versammlung gebunden. Soweit jedoch nicht ausdrückliche Vorschriften entgegenstehen, hat der Verwalter die gesammte K.Masse in Besitz zu nehmen und in geeigneter Weise zu verwalten und zu verwerthen. Er ist nicht verbunden, in der Weise der gemeinrechtlichen Praxis die Verwerthung in den Exekutionsformen der Veräußerung zu bewirken. Mot. 337.

Der dritte Titel von der „Theilungsmasse" (dieser Ausdruck soll den bisher üblichen Namen: Aktivmasse ersetzen) behandelt nach Voranstellung des Prinzips (§ 107) in den §§ 108—115 die Feststellung und Sicherung, und in den §§ 116—125 die Verwaltung und Verwerthung der Masse.

---

§ 107.

Nach der Eröffnung des Verfahrens[1] hat der Verwalter das gesammte zur Konkursmasse gehörige Vermögen[2] sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen und dasselbe zu verwerthen.[3]

E. I. 115. P. 131. 151. ff. 215. 220 ff.

1) Im § 107 ist die Konsequenz des § 5, das Prinzip für die Verwaltung der K.-Masse ausgesprochen. Der Verwalter und nur er, also weder die Gläubiger, noch der G.Schuldner, noch das Gericht, ist zum Besitz und zur Verwaltung berechtigt und verpflichtet. Durch den im § 107 aufgestellten Grundsatz ist der Verwalter kraft Gesetzes zu allen Besitz-, Verwaltungs- und Verwerthungs-Akten legitimirt, soweit der Grundsatz selbst nicht durch besondere Vorschriften der K.O. eingeschränkt ist. Er bedarf hinsichtlich der K.Masse und zur Vertretung hinsichtlich des von ihm dazu beanspruchten Vermögens keiner andern Legitimation, wie seiner Qualität als Verwalter (vgl. § 124). Der Eröffnungsbeschluß, seine Bestallung als Verwalter und das Gesetz legitimiren ihn. Er muß zur Besitznahme selbst thätig sein, ohne daß es dazu einer Beihülfe oder Einmischung des K.Gerichts bedürfte. Dem G.Schuldner gegenüber bildet der Eröffnungsbeschluß gemäß C.P.O. § 702 Nr. 3 einen Titel zur Zwangsvollstreckung behufs der Besitzübertragung auf den Verwalter, da der Beschluß implicite die gesetzliche Wirkung ausspricht, daß nicht mehr der G.Schuldner, sondern der Verwalter die Verwaltung und Verfügung über das zur K.Masse gehörige Vermögen haben soll. §§ 5, 107. Vgl. Anm. 1 zu § 100. Sofern die Besitzergreifung zwangsweise gegen den G.Schuldner durchgesetzt werden müßte, hat der Verwalter dazu eine mit der Vollstreckungsklausel zu versehende Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses dem Gerichtsvollzieher zu behändigen, und hierdurch die Herausgabe beweglicher und unbe-

weglicher Sachen bez. Räumung seitens des G.Schuldners selbst zu erwirken. C.P.O. §§ 662, 769, 771. Mot. 340. Hiernach ist auch unter entsprechender (§ 65) Anwendung der C.P.O. §§ 684—686, 729 zu entscheiden, unter welchen Formen das Vollstreckungsgericht bez. das Prozeßgericht über Einwendungen des G.Schuldners betreffs der Art und Weise der Zwangsvollstreckung bez. der von der K.Masse ausgeschlossenen Gegenstände zu entscheiden hat. Der Verwalter kann indeß auch durch das Konkursgericht mittelst des Antrags auf Haft nach § 93 Abs. 2 den Widerstand des G.Schuldners beseitigen; was insbesondere bei seiner Weigerung, ein Grundstück zu räumen, bez. in Fällen unzweifelhaft unberechtigten Widerspruchs praktisch sein wird. Einer besonderen Ueberweisung nach § 772 in Betreff der im Gewahrsam Dritter befindlichen Sachen bedarf es nicht (§ 5). Ist der Dritte, welcher den Gewahrsam hat, zur Herausgabe bereit, so können die Sachen von ihm ohne Weiteres abgeholt werden (entspr. C.P.O. § 713). Soll ein Anspruch gegen Dritte zwangsweise durchgesetzt werden, so ist er im ordentlichen Prozeßverfahren geltend zu machen. Mot. 342.

2) In dem zur K.Masse gehörigen Vermögen sind auch die Objekte einbegriffen, auf welchen Absonderungsansprüche lasten. §§ 2, 3. Durch die Beschränkung auf die K.Masse sind zugleich das Recht und die Pflicht des Verwalters ausgedrückt, Objekte, welche auszusondern sind, (unter Mitwirkung des G.Ausschusses bez. des G.Schuldners, §§ 121, 123) auszuscheiden; ebenso die Gegenstände, welche nicht zur K.Masse gehören, weil sie der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind, Anm. 2 II. zu § 1. Ist nicht sofort außer Zweifel zu stellen, ob Sachen, welche sich im Gewahrsam des G.-Schuldners befinden, einem Dritten gehören, so wird im Zweifelsfalle der Verwalter sie in Besitz nehmen. Eine Verpflichtung dazu dem Dritten gegenüber hat er nicht, da er nur „das zur K.Masse gehörige Vermögen in Besitz zu nehmen hat“. Durch die Unterlassung wird er also dem Dritten gegenüber nicht verantwortlich, während er, wenn er Sachen des Dritten in Besitz nimmt, den Aussonderungs- und den damit in Verbindung stehenden Masseansprüchen gerecht zu werden hat.

3) Der Verwalter hat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die K.Masse sofort nach der K.Eröffnung in Besitz zu nehmen. Durch eine Verzögerung macht er sich nach § 74 dem G.Schuldner und den K.Gläubigern verantwortlich. Dagegen bezieht sich das „sofort“ nicht auch auf die Verwerthung; auch abgesehen von den besonderen Vorschriften der §§ 121 Nr. 1, 123 hat er hinsichtlich des Zeitpunkts der Verwerthung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zu handeln, § 74. Durch den Zusatz: „sofort“ ist zugleich ausgesprochen, daß der definitiven Verwaltung und Verwerthung nicht ein Vorstadium einer „einstweiligen“ Verwaltung vorangehen soll. Vorbem. vor § 107. Prot. 79. — Ueber den Umfang der Verwaltungsrechte vgl. Anm. 3 zu § 5. „Verwerthen“ ist hier und sonst in der K.O. statt des im Entw. gebrauchten Ausdrucks: „versilbern“ gesagt, ohne daß darin ein anderer, als sprachlicher Unterschied zu finden ist.

Wegen der Rechtshülfe, wenn in anderen deutschen Bundesstaaten sich Gegenstände der K.Masse befinden, vgl. Einl. § 4. Ueber das Verhältniß zu Oesterreich vgl. Anm. 1 zu § 207. Ueber das Verhältniß zum sonstigen Auslande vgl. Einl. § 4, Anm. 3 zu § 112. Anm. zu §§ 4, 207, 208.

§ 108.

Durch den offenen Arrest wird allen Personen, welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache in Besitz haben oder zur Konkursmasse etwas schuldig sind, aufgegeben, nichts an den Gemeinschuldner zu verabfolgen oder zu leisten,[1] auch die Verpflichtung auferlegt, von dem Besitze der

Sache und von den Forderungen, für welche sie aus der Sache abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen, dem Konkursverwalter innerhalb einer bestimmten Frist Anzeige zu machen.[2)]

E. I. 116. 117. P. 145—148.

1) Die öffentliche Bekanntmachung der „Formel des Eröffnungsbeschlusses" (§ 103) ist diejenige „öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung", welche nach § 7 hinsichtlich der Leistungen Dritter an den G.Schuldner maßgebend ist. Neben derselben ist die Erlassung des offenen Arrestes lediglich als eine zweckmäßige Einrichtung vorgeschrieben. Der offene Arrest soll nicht ein wesentlicher Theil des Konkursproklama sein. Er schafft überhaupt keine neuen Verbindlichkeiten und insbesondere auch kein Pfandrecht für die K.Gläubiger am Vermögen des G.Schuldners, vgl. Vorb. 1 vor § 1. Sein Zweck ist, „rechtsirrthümliche Zahlungen und Leistungen an den G.Schuldner thatsächlich zu verhüten." Die Weglassung des offenen Arrestes hat (mit alleiniger Ausnahme der in Anm. 2 erwähnten Anzeige) keinerlei rechtliche Bedeutung. Die Anweisung, dem G.Schuldner nichts zu leisten, schafft keine andern Rechte, als § 7 bestimmt, und die Kenntniß oder Unkenntniß vom „Arreste" ist für § 7 unwesentlich. Mot. 341 ff. Die im § 103 Abs. 3 vorgeschriebene besondere Zustellung an die Gläubiger des G.Schuldners ist nach § 68 Abs. 3 nicht nöthig, beseitigt jedoch, wenn erfolgt, den nach § 7 Abs. 3 sonst zugelassenen Gegenbeweis von der Nichtkenntniß.

2) Die im zweiten Theile des § 107 ausgesprochene Verpflichtung zur Anzeige vom Besitze von Sachen und von Absonderungsansprüchen wird durch den offenen Arrest erst begründet. Für diese Verpflichtung ist die Bekanntmachung des Arrestes wesentlich; mit welcher Tragweite, ergiebt § 109. Nach dem E. § 108 Abs. 2 sollten „Anstalten, welche auf Grund eines Privilegs befugt sind, sich selbst aus einem Pfande zu befriedigen, die Anzeige nur zu machen haben, wenn sie der Verwalter besonders dazu auffordert." Im Gegensatze zu gewöhnlichen Pfandleihern (vgl. § 38 der Gewerbeordn. v. 21. Juni 1869) sollte sich dies auf Institute, wie die Reichsbank, Seehandlung, Leihämter u. dergl. beziehen, welche in ihrer Verfassung genügende Garantieen böten. Die R.K. strich jedoch diese Ausnahmen. Mot. 342. Prot. 79, 80.

Die Verpflichtung trifft jeden Inhaber einer zur K.Masse gehörigen Sache. Der Ausdruck: Besitz bedeutet hier gemäß dem Zwecke der Vorschrift keine Beschränkung auf einen juristischen Besitz; die Verpflichtung zur Anzeige liegt vielmehr dem bloßen Detentor, welcher kein Besitzrecht behauptet, naturgemäß noch in höherem Grade ob. Aber auch keine Art von juristischem Besitze schließt von der Verpflichtung aus; sie besteht ohne Rücksicht, ob der Besitz auf persönlichem oder dinglichem Rechtsgrunde beruht, ob die Inhaber retentions- oder absonderungsberechtigt, Faustpfandgläubiger oder Quasi-Faustpfandgläubiger, §§ 40, 41, sind. Indeß die Letzteren, insbesondere Vermiether und Verpächter auch dann mit der Verpflichtung zu belassen, wenn sie nicht besitzen, ist weder in den Mot. 342 (welche für die Gläubiger des § 41 nur keine Ausnahme von der Verpflichtung des § 108 gelten lassen wollen), noch im Gesetze ausgedrückt. Durch die bloße Möglichkeit des Besitzes ist die gesetzlich im § 108 vorausgesetzte Wirklichkeit des Besitzes noch nicht gegeben. A.M. Stieglitz S. 480. Die nach § 108 verpflichteten Absonderungsberechtigten haben auch ihre Forderungen anzuzeigen.

Die Verpflichtung bezieht sich auf alle Sachen, welche zur K.Masse gehören, bewegliche oder unbewegliche, verpfändete Sachen, zur Aufbewahrung oder zur Einziehung übergebene Schuldurkunden, Wechsel u. s. w.; indeß auch nur solche, welche zur Konkursmasse gehören, also nicht Sachen, welche ein Anfechtungsgegner besitzt, da nicht diese Sachen selbst, sondern nur die entsprechenden Ansprüche auf Rückgewähr zur K.-

Masse gehören; auch nicht Sachen im Besitze eines Dritten, welcher für dieselben, falls sie im Besitze des G.Schuldners wären, aussonderungsberechtigt sein würde.

Die Anzeige ist dem Verwalter zu machen. Eine Form ist indeß nicht vorgeschrieben. Jede, mündliche oder schriftliche, Anzeige genügt.

§ 109.

Wer die Anzeige über den Besitz von Sachen des Gemeinschuldners innerhalb der bestimmten Frist zu machen unterläßt,[1] haftet für allen aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden.[2]

E. I. 118. P. 147.

1) Das Gesetz und auch die Mot. sprechen sich nicht ausdrücklich darüber aus, welchen Einfluß die Kenntniß oder Unkenntniß von der Erlassung des Arrestes bez. der K.-Eröffnung auf die Begründung des Schadensanspruchs und auf die Beweislast hat. Mit der Unkenntniß der gesetzlichen Folgen einer Thatsache kann sich allerdings Niemand entschuldigen; aber die Unkenntniß der eine Verpflichtung begründenden Thatsache selbst ist für die Verpflichtung, welche darauf gegründet wird, allerdings wesentlich. In den §§ 108, 109 ist als Erforderniß zur Begründung des Anspruchs nur die öffentliche Bekanntmachung des Arrestes vorausgesetzt und deren Kenntniß nicht erwähnt. In dieser Beziehung bewendet es daher bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Es kann an sich Niemandem imputirt werden, daß er einer Aufforderung Folge zu leisten unterlassen hat, wenn er von der Aufforderung selbst keine Kenntniß hatte. Die K.O. setzt jedoch grundsätzlich die Kenntniß der K.Eröffnung bei öffentlicher Bekanntmachung voraus und gestattet im § 7 dem Dritten nur den Gegenbeweis der Unkenntniß. Anm. 2 zu § 7. In der Regel wird auch die öffentliche Bekanntmachung eines Konkurses denen, welche mit dem Kridar verkehrt haben, thatsächlich alsbald bekannt sein. Dasselbe wird hinsichtlich der Veröffentlichung des offenen Arrestes anzunehmen sein, zumal da derselbe regelmäßig zugleich veröffentlicht werden soll, ohne daß jedoch hierfür eine gesetzliche Vermuthung aufgestellt ist. Ein Verschulden des Verpflichteten braucht daher zur Begründung des Anspruchs aus § 109 nicht nachgewiesen zu werden; die Entschädigungspflicht ist durch das Gesetz ohne solchen Nachweis begründet. Falls dagegen der Dritte seine Unkenntniß nachweist, so liegt ein „Unterlassen" im Sinne des § 109 hinsichtlich der „durch den Arrest auferlegten Verpflichtung" (§ 108) nicht vor, was auch der analogen Vorschrift des § 7 Abs. 3 entspricht. Dasselbe findet Anwendung, wenn der Dritte (Pfandleiher oder Anstalt) den Kridar als seinen Schuldner hinsichtlich der Sache nicht kennt. Prot. 79.

2) Die Verpflichtung beschränkt sich auf die Haftung für den „aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden." Sie fällt also überhaupt fort, wenn der Verwalter die anzuzeigenden Verhältnisse vollständig kennt. Der Schaden wird hauptsächlich in Kosten bestehen, welche durch Verzögerung der Verwerthung, besonderen Verkauf, eine Nachtheilung (§ 153) verursacht werden; er kann indeß auch in entgangenem Gewinne bestehen, welcher durch Entwerthung in Folge des Zeitverlaufs (Modewaaren) oder in Folge veränderter Konjunkturen, Kourse rc. entzogen ist. Hierbei ist davon auszugehen, daß der Verwalter bei zeitiger Anzeige seiner Verpflichtung gemäß als sorgfältiger Hausvater gehandelt haben würde, § 74. Das freie Beweiswürdigungsrecht hinsichtlich des Prozeßgerichts nach C.P.O. § 260 wird hierfür erheblich. — Im E. I. § 118 war übereinstimmend mit P. § 147 als Folge auch der Verlust aller Rechte bestimmt, welche dem Besitzer an den Vermögensstücken zustehen, wenn er keine genügende Entschuldigung nachweist. Diese „Privatstrafe" ist als nicht gerechtfertigt beseitigt. Mot. 342. Gegen dolose Beschädigungen schützt auch § 212 Nr. 1.

§ 110.

Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung aus einer in ihrem Besitze befindlichen Sache beanspruchen, haben dem Verwalter auf dessen Verlangen die Sache zur Ansicht vorzuzeigen und die Abschätzung derselben zu gestatten.[1]

E. I. 117.

1) Die im § 110 ausgesprochene Verpflichtung zur Vorzeigung und Gestattung der Abschätzung trifft jeden Inhaber einer Sache, welcher daraus abgesonderte Befriedigung beansprucht (also nicht Aussonderungsberechtigte) und setzt das Verlangen des Verwalters voraus. Der Verwalter hat sein Verlangen dem Besitzer zu erklären, wofür eine Form nicht vorgeschrieben ist, also jede genügt, vgl. § 69 Abs. 2. Im offenen Arreste ist die Aufforderung nicht schon enthalten und der sich nur auf diesen Arrest, § 108, beziehende § 109 ist (gegen v. Völdernborff II. S. 215) auf das Zuwiderhandeln gegen § 110 nicht anwendbar. Die Haftung für Letzteres richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

Daß der Verpflichtete eine eigene Thätigkeit zu entwickeln, die Sache an einen andern Ort zu schaffen, überhaupt die Ansicht an einem andern Orte zu gestatten, Transport- oder andere Kosten zu tragen habe, ist im § 110 nicht bestimmt und kann also von ihm nicht verlangt werden, soweit ihm nicht nach den konkreten Verhältnissen und nach dem bürgerlichen Rechte eine Verpflichtung dazu obliegt. Wird der Verpflichtung des § 110 nicht genügt, so kann ihr der Verwalter nur durch Klage Folge verschaffen, welche er in dem nach den Grundsätzen der C.P.O. zuständigen Gerichtsstande zu erheben hat. Der Grund der Verpflichtung liegt im Interesse des Verwalters, zu ermitteln, ob und wieweit sein theoretisch immer bestehender Anspruch, zur K.Masse den etwanigen Mehrwerth der Sache, welcher durch die Absonderungsforderung nicht in Anspruch genommen wird, zu verlangen, ein praktisches Resultat verspricht. Vgl. Anm. 2 zu § 113. Die Klage aus § 110 schließt sich der actio ad exhibendum an, welche nach gemeinem Rechte gemäß der herrschenden Ansicht für Jeden, welcher in Ansehung einer Sache einen (dinglichen oder obligatorischen) Anspruch geltend machen will, gegen jeden Inhaber als begründet gilt. Windscheid Bd. 2 § 474. Für das preuß. Recht, welches keine besondere Klage ad exhibendum kennt, sondern den Anspruch auf Besitz, Benutzung oder Herausgabe entscheiden läßt (vgl. Dernburg Bd. 2 § 235 Anm. 9), ist durch § 110 ein besonderer Anspruch ad exhibendum geschaffen.

Durch § 3 Abs. 1 E.G. ist die Vorschrift des § 11 Abs. 2 Bundesges. v. 2. Juni 1869, B.G.B. S. 161, aufrecht erhalten. Darnach ist das Reich nicht verpflichtet, im Falle des Konkurses die zur Kautionsbestellung eines Reichsbeamten verpfändeten Werthpapiere in die Konkursmasse einzuliefern.

§ 111.

Die Post- und Telegraphenanstalten sind verpflichtet, auf Anordnung des Konkursgerichts alle für den Gemeinschuldner eingehenden Sendungen, Briefe und Depeschen dem Verwalter auszuhändigen. Dieser ist zur Eröffnung derselben berechtigt. Der Gemeinschuldner kann die Einsicht und, wenn ihr Inhalt die Masse nicht betrifft, die Herausgabe derselben verlangen.

Das Gericht kann die Anordnung auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des Verwalters aufheben oder beschränken.[1])

E. I. 114. 119. P. 149. 152. Nr. 3.

1) Mit Rücksicht auf die reichsgesetzlichen Bestimmungen über den Post- und Telegraphendienst (Ges. v. 28. Oktbr. 1871 § 5, Telegr. Ordn. v. 21. Juni 1872 §§ 3, 23, 24; Str.G. §§ 299, 354, 355) ist das K.Gericht berechtigt, die Aushändigung der Sendungen an den Verwalter anzuordnen. Die Anordnung unterliegt dem Ermessen des K.Gerichts, kann von demselben sofort bei der Eröffnung von Amtswegen erlassen, indeß gemäß Abs. 2 beschränkt oder aufgehoben werden. Anträge in der R.K., statt des dritten Satzes den Verwalter zu verpflichten, dem G.Schuldner Kenntniß zu geben, bez. die Briefe durch den G.Schuldner in seiner Gegenwart öffnen zu lassen, oder ihn bei der Eröffnung zuzuziehen, wenn er ohne Aufschub (sofort) zu erlangen sei, sind als unnöthig und unpraktisch abgelehnt. Prot. 80, 81, 131.

Daß der G.Schuldner vor der Anordnung gehört wird, ist nicht vorgeschrieben. Die Anordnung ist indeß eine gegen den G.Schuldner ergangene Entscheidung im Sinne des § 66. Gegen die Anordnung, wie gegen die Abweisung eines auf Aufhebung gemäß Abs. 2 gerichteten Antrags steht dem G.Schuldner die Beschwerde zu. — Einen Antrag des Verwalters erfordert § 111 nicht. A.M. Hullmann S. 252. Wird die Anordnung vom Verwalter beantragt und der Antrag abgelehnt, so ist dies ebenfalls eine Entscheidung und dem Verwalter steht dagegen die Beschwerde zu. A.M. Petersen S. 367, v. Sarwey S. 522. — Die Anordnung ist an die Post- und Telegraphen-Anstalten d. h. an die Behörden bez. deren Vorstand zu richten, welche für die Ertheilung der nöthigen Anweisungen an ihr Personal betreffs der Ausführung zu sorgen haben. Sie kann nur die an den G.Schuldner adressirten Sendungen betreffen. Nur diese gehen den Post- und Telegraphen-Behörden, sowie jedem Dritten gegenüber für den G.Schuldner ein. Eine Korrespondenz des G.Schuldners unter fremder Adresse und das aus einer desfallsigen Vereinbarung begründete Recht des G.Schuldners gegen einen Dritten auf Aushändigung eines an diesen gerichteten Briefes berührt die Behörden nicht und giebt ihnen kein Recht, die Anordnung gegen Dritte anzuordnen oder auszuführen. A.M. v. Völderndorff II. S. 219; v. Sarwey S. 523. — Eine Beschränkung der Anordnung auf eine bestimmte Zeitdauer ist sowohl gleich bei Erlassung der Anordnung, als auch später gemäß Abs. 2 zulässig. Ist keine zeitliche Beschränkung bestimmt, so gilt die Anordnung für die gesammte Dauer des Konkurses bez. bis zu einer späteren Aenderung. Sachgemäß wird sie zunächst ohne Beschränkung erlassen, da sie nach Bedürfniß stets aufgehoben werden kann. — Verheimlichung von Sendungen, deren Inhalt nicht die Masse betrifft, seitens des Verwalters ist unzweifelhaft Pflichtverletzung und macht ihn dem G.Schuldner verantwortlich. Prot. 80.

§ 112.

Der Verwalter kann[1]) zur Sicherung der[2]) zur Konkursmasse gehörigen Sachen durch eine zur Vornahme solcher Handlungen gesetzlich ermächtigte Person siegeln lassen.[3])

Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners sind durch den Gerichtsschreiber zu schließen.[4])

E. I. 121. ff. P. 137. 141—143.

1) Die Siegelung ist (abweichend vom E. I. § 121) nicht obligatorisch, sondern unterliegt dem Ermessen des Verwalters, welcher für die Siegelung und deren Unterlassung die Verantwortung gegen Gläubiger und G.Schuldner hat. Für die Frage, ob

zu siegeln ist, sind einerseits der Zweck der Siegelung: „zur Sicherung der zur K.Masse gehörigen Sachen" sowie die im Interesse des Verwalters liegende urkundliche Feststellung des Vorgefundenen und in Besitz Genommenen, andererseits die durch die Siegelung herbeigeführte Verzögerung der materiellen Disposition zu berücksichtigen. Da der Verwalter von einer Siegelung gänzlich absehen kann, ist er auch befugt, einzelne Sachen nach seinem Ermessen von einer Siegelung auszuschließen. Mot. 344. Insbesondere sind sachgemäß Sachen ausgeschlossen, welche dem Verderben oder der Entwerthung ausgesetzt sind, bez. schnell verkauft werden müssen, welche unzweifelhaft an Dritte herausgegeben werden müssen oder deren Siegelung unverhältnißmäßige Kosten verursachen würde.

2) Das Wort: „der" ist nicht Druckfehler (statt: „die"). Der Zweck, daß „zur Sicherung der zur K.Masse gehörigen Sachen" gesiegelt werde, was der Verwalter siegeln lassen will, dient als Direktive für den Verwalter, damit er nicht bei jeder Gelegenheit mit der Siegelung vorgehe. Anträge auf desfallsige Aenderungen sind von der R.K. abgelehnt. Prot. 80, 81.

3) Durch welche Personen eine Siegelung erfolgen kann, um als amtliche zu gelten, und in welcher Weise sie vorzunehmen und zu beurkunden ist, bleibt der Landesgesetzgebung überlassen. Mot. 344. Die Einrichtung für Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher, welchen diese Geschäfte vornehmlich zufallen würden, ist nach G.V. §§ 154, 155 der „Landesjustizverwaltung" überlassen. Nach dem preuß. Ausf.-Ges. z. G.V. vom 24. April 1878 §§ 70, 74, 108 sind die Notare unbedingt, die Gerichtsschreiber bei den Amtsgerichten „nur auf Anordnung des Richters", und die Gerichtsvollzieher „im Auftrage des Gerichts oder des Konkursverwalters" zur Vornahme von Siegelungen, Entsiegelungen und Inventuren zuständig. Wegen der Kosten vgl. Kost.-Ausf.-Ges. v. 10. März 1879 § 36. Die Siegelung erfolgt üblicherweise durch Siegelverschluß der Thüren bez. Zugänge der Räume und Behältnisse. Die Siegelung und Entsiegelung sind, wie durch § 114 bestätigt wird, durch Protokoll festzustellen.

In Betreff des Ersuchens an andere deutsche Gerichte, wenn Sachen außerhalb des Bezirks des K.Gerichts gesiegelt werden sollen, vgl. Einl § 4. Hinsichtlich der Beschlagnahme der im Auslande befindlichen Objekte wird, falls nicht besondere Staatsverträge geschlossen sind, die ausländische Behörde im diplomatischen Wege durch das Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten zu ersuchen sein. Einl. § 4.

4) Abs. 2. Die Schließung der Bücher ist obligatorisch, und muß von Amtswegen sofort nach der K.Eröffnung durch den Gerichtsschreiber erfolgen, welcher dies durch Protokoll festzustellen hat. Sie soll nicht blos die eigentlichen Handelsbücher, sondern alle „Geschäftsbücher" des G.Schuldners, also namentlich auch die von ihm für Kunden gehaltenen Lieferungsbücher betreffen. Sie soll indeß nicht ein Bücherabschluß im technischen Sinne sein, sondern nur ein Vermerk am Schlusse derselben, um Nachtragungen zu verhindern. Mot. 344. Prot. 83, 84. Ein Antrag, die Feststellung des äußeren Zustandes der Bücher obligatorisch zu machen, ist von der R.K. abgelehnt. Prot. 83, 84. Vgl. H.G. Art. 40. E.G. § 3 Abs. 1.

§ 113.

Der Verwalter hat die einzelnen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände unter Angabe ihres Werths aufzuzeichnen.[1] Der Werth ist erforderlichen Falls durch Sachverständige zu ermitteln.[2] Bei der Aufzeichnung ist eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson zuzuziehen.[3] Der Gemeinschuldner ist zuzuziehen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist.[4]

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren, kann das Gericht gestatten, daß die Aufzeichnung unterbleibe oder ohne Zuziehung einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson vorgenommen werde.[5)]

E. I. 123. P. 152—155. 301. 335.

1) Die Aufzeichnung soll, wenn nicht nach Abs. 2 eine Ausnahme gestattet wird, ohne Rücksicht darauf, ob gesiegelt ist oder nicht, erfolgen. Mot. 344. Sie soll alle „zur K.Masse gehörigen" Sachen umfassen, also auch die im Besitze Anderer befindlichen bez. etwa mit Absonderungsrechten belasteten; ebenso die Schuldurkunden über Forderungen, Wechsel u. s. w. Die Verpflichtungen des Verwalters zur Aufzeichnung (Inventur) gemäß § 113, und ebenso hinsichtlich des Inventars und der Bilanz nach § 114 können durch Ordnungsstrafen, § 76, erzwungen werden. Außerdem macht sich der Verwalter durch Unterlassung oder Verzögerung dem G.Schuldner und den Gläubigern verantwortlich, § 74. Ohnehin liegen diese Maßregeln zur Feststellung der Masse im größten eigenen Interesse des Verwalters.

2) Ob eine Werthsermittelung erforderlich sei (sie ist unnöthig z. B. bei sofortiger Versteigerung, beim Verkauf zu Markt- und Börsenpreisen, beim Fortbetriebe eines Geschäfts) und welche Sachverständige zuzuziehen sind, unterliegt dem Ermessen des Verwalters. Mot. 344, 345. Eine Beeidigung der Sachverständigen ist nicht vorgeschrieben. Da die Aufnahme der Inventur kein Akt des K.Gerichts ist, vgl. Satz 3, so sind § 67 und demnach auch C.P.O. § 375 nicht entsprechend anwendbar, also eine Beeidigung nicht nöthig. Zum Zwecke des § 113 dient auch die Vorschrift des § 110.

3) Die Aufzeichnung soll eine amtlich beurkundete sein. Die nähere Bestimmung des Begriffs einer „obrigkeitlichen oder Urkundsperson" bleibt der Landesgesetzgebung bez. Landesjustizverwaltung überlassen, wie die R.K. in Uebereinstimmung mit den Regierungsvertretern konstatirt hat. Prot. 84. Vgl. C.P.O. §§ 380, 383. Für Preußen vgl. Anm. 3 zu § 112.

4) „Ohne Aufschub" hat hier, wie für alle Verwaltungsakte in der K.O., keine absolute Bedeutung, sondern bedeutet sachgemäß: ohne Vereitelung des Zwecks und ohne nachtheilige Folge beim Abwarten. Eine besondere Benachrichtigung der Dienstbehörde von der Inventur ist im amtlichen Interesse außer der im § 104 vorgeschriebenen Benachrichtigung von der K.Eröffnung nicht nöthig gefunden; ebensowenig ein Privileg derselben, Utensilien des G.Schuldners für den Taxwerth zu erwerben (P. § 154).

5) Die Gestattung der Ausnahme im Abs. 2 kann, wenn ein G.Ausschuß bestellt ist, nur auf den übereinstimmenden Antrag desselben und des Verwalters erfolgen; sonst nur auf Antrag des Verwalters. Die Unterlassung der Aufzeichnung kann überhaupt oder für einen Theil der Objekte, desgleichen auch nur für die Werthangabe, Prot. 84, gestattet werden. In Aussicht genommen sind namentlich Fälle, in welchen neuerdings Inventuren vorgenommen, Lagerbücher glaubwürdig sind, sofortiger Verkauf eines Geschäfts im Ganzen erfolgen soll und dergl.

§ 114.

Dem Verwalter liegt die Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz ob.[1)] Derselbe hat eine von ihm gezeichnete Abschrift des Inventars und der Bilanz und, wenn eine Siegelung und Entsiegelung

stattgefunden hat, die Protokolle über dieselben auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen. [2)]

E. I. 123. P. 153. Abs. 4. 155.

1) Die Erfordernisse für Inventar und Bilanz ergeben sich aus ihrer Bestimmung, die Vermögenslage des G.Schuldners, wie sie sich durch den Konkurs den Gläubigern gegenüber gestaltet, für den Verwalter selbst, sowie für alle Betheiligten und für die Aufsicht des Gerichts, welchem nach § 114 eine Abschrift einzureichen ist, darzustellen, über die Theilungsmasse (Aktivmasse) und die Schuldner eine vollständige Uebersicht zu gewinnen und demnächst (vgl. § 149) die Realisirung aller Vermögensobjekte zu kontrolliren. Die Mot. heben hervor, daß hierzu die Vorschriften des H.G. Art. 29, 31 (vgl. R.O.H. 21, 15) nicht genügen, sondern auch die Absonderungs-Objekte und Ansprüche, Masseschulden, Vorrechte, auch eventuelle Rückgriffsrechte des G.Schuldners auf Mitschuldner hervorzuheben sind, desgleichen bei Korrealverpflichtungen bez. Wechseln die Bezeichnung der Mitverpflichteten und des Grundes der Haftung, und für Schuldposten die Angabe der Verfallzeit rathsam ist. Mot. 345, 346. — Das Inventar hat unter Berücksichtigung der eben erwähnten Momente zum Unterschiede von der im § 113 vorgeschriebenen Aufzeichnung eine übersichtliche Zusammenstellung der zu einander gehörigen Gegenstände nach Titeln bez. Rubriken geordnet, und insbesondere auch die in die Aufzeichnung nicht gehörigen Passiva, sowie die Forderungen des G.Schuldners zu enthalten. Die Benutzung des in der preuß. A.G.O. zu Theil II. Tit. 5 für das Inventar eines Nachlasses angegebenen Formulars würde trotz mangelhafter Systematik in der Nebeneinanderstellung, mit einer Kolonne für „Bemerkungen" bereichert, schon deshalb zweckmäßig sein, um auf alle möglichen Vermögensgegenstände aufmerksam zu machen. Vgl. Beispiel für Inventar und Bilanz in v. Wilmowski Konkursverf. an einem Rechtsfalle dargestellt, 4. Abdruck, S. 13—19; Berlin bei Vahlen 1880. — Die Bilanz hat eine nur die Gesammtwerthbestände enthaltende Zusammenstellung des Aktivvermögens (etwa noch unter gesonderter Bezeichnung der Gesammtsummen des Immobiliar- und Mobiliar-Vermögens bez. der Aktivforderungen, der Werthpapiere und des baaren Geldes), ferner der Gesammtbeträge der Aussonderungs- und Masseansprüche, der Hypothekenschulden, der sonstigen Absonderungsansprüche, der bevorrechtigten und der nicht bevorrechtigten K.Forderungen zu enthalten. Für kaufmännische Geschäfte kann sich die Bilanz, indeß mit Berücksichtigung der erwähnten für den Konkurs erheblichen Momente, an die sonst übliche kaufmännische Form anschließen.

2) Die Mot. bemerken: Abschrift gegen Kostenerstattung werde nicht leicht versagt werden; „jedem Betheiligten aber ein ausdrückliches Recht hierauf einzuräumen (vgl. preuß. Ges. v. 12. März 1869 zu § 155 K.O.) erscheint mit Rücksicht auf die zu erstrebende Verminderung des Schreibwerks bei den Gerichten bedenklich." Mot. 346. Ebenso Mot. v. 1873 II. S. 73. Die Vorschrift des preuß. Ges., welche ein solches Recht anerkennt, ist daher nicht aufgenommen, und die Bestimmung des § 114 soll die Bedeutung haben, daß die Betheiligten nur ein Recht auf Einsicht in der Gerichtsschreiberei haben. Gegenüber dieser besonderen Vorschrift findet C.P.O. § 271, wonach die Parteien aus den „Prozeßakten" sich durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen können, hier keine entsprechende Anwendung. Bei dem durchschnittlich großen Umfange der Schriftstücke im Konkurse und bei einer großen Zahl von Gläubigern, welche Abschriften wünschen können, würde einem Rechte darauf häufig die absolute Unausführbarkeit entgegenstehen.

§ 115.

Nach der Anfertigung des Inventars kann der Verwalter oder ein Konkursgläubiger den Gemeinschuldner in eine Sitzung des Amtsgerichts, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, zur Leistung des Offenbarungseides laden. [1]

E. I. 125—127. P. 156.

1) Das Recht, vom G.Schuldner die Leistung des Offenbarungseides zu verlangen, besteht erst nach der Anfertigung des Inventars, weil dasselbe die Grundlage für die Vollständigkeit der Angaben des G.Schuldners über sein Vermögen sein soll.

Berechtigt zum Verlangen sind nur der Verwalter und jeder K.Gläubiger, also auch diejenigen, welche zugleich absonderungsberechtigt sind, dagegen nicht das K.Gericht, auch nicht ein Aussonderungsberechtigter, dem Zwecke zur Ermittelung der K.Masse gemäß auch von den begrifflichen K.Gläubigern nicht die nach § 56 aus der Masse nicht zu befriedigenden.

Die Fassung des § 115 ergiebt, daß das Amtsgericht den Offenbarungseid nicht als K.Gericht abnehmen soll. Die Abnahme des Eides ist also nicht ein Theil des K.Verfahrens, sondern fällt außerhalb desselben. Es wird nur der Verwalter und jeder K.Gläubiger berechtigt erklärt, vom G.Schuldner die Leistung des Eides zu fordern, so wie sonst ein Schuldner unter den Voraussetzungen der C.P.O. § 711 den Eid zu leisten verpflichtet ist. Dem entsprechend fungirt das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht (C.P.O. § 780) und das Verfahren beginnt (wie nach C.P.O. § 781 Abs. 1) damit, daß der Antragsteller den G.Schuldner laden läßt, wofür die Vorschriften der C.P.O. §§ 152 ff., 191 ff. für amtsgerichtliches Verfahren anwendbar sind. Die Vorschrift des § 781 Abs. 2, daß über die von dem Schuldner bestrittene Verpflichtung zur Leistung des Eides vorab rechtskräftig durch Urtheil zu entscheiden ist, bevor die Eidesleistung erfolgen soll, ist in den Mot. 346 nicht als entsprechend anwendbar bezeichnet, jedoch bemerken die Mot. auch nicht das Gegentheil. In der That ist die Vorschrift entsprechend anwendbar, indeß nur in beschränkterem Umfange. Vorab zu entscheiden ist nämlich nur darüber, ob die Voraussetzungen des § 115 vorliegen, also ob ein Antrag eines Antragsberechtigten und zwar nach Anfertigung des Inventars gestellt ist. Bestreitet der G.Schuldner in diesen Beziehungen seine Verpflichtung, insbesondere also die K.Gläubiger-Eigenschaft eines Antragstellers, so ist darüber nach § 781 Abs. 2 zuvor vom Vollstreckungsgerichte zu entscheiden. Für einen sonstigen zu einem Urtheile nöthigenden Widerspruche des G.Schuldners läßt dagegen die ihm als solchem durch das Gesetz im § 115 auferlegte Verpflichtung keinen Raum. — Das fernere Verfahren findet nach C.P.O. §§ 782, 783, 785—794 statt. Die Mot. fügen hinzu: die §§ 784, 795 entziehen sich einer Anwendung. Mot. 346. Die Voraussetzung des § 784, daß der Schuldner später noch Vermögen erworben haben könne, hat allerdings für Verwalter und K.Gläubiger keine Bedeutung, da ein späterer Erwerb nicht zur K.Masse gehört, § 1. Dagegen wird § 784 in dem negativen Theile seiner Vorschrift entsprechend dahin anwendbar zu erachten sein, daß ein G.Schuldner, welcher einmal den Eid geleistet hat, ihn auf den Antrag anderer Antragsteller nicht noch einmal zu leisten hat. — Im Falle der Weigerung ist gegen den G.Schuldner die Haft durch das Vollstreckungsgericht nach §§ 782, 783 zulässig; nicht durch das Konkursgericht nach K.O. § 93, da das Verfahren gemäß § 115 außerhalb des K.Verfahrens unter die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts fällt. A.M. v. Völdernndorff II. S. 244. So lange der G.Schuldner die Leistung des Eides weigert, ist nach § 162 Nr. 1 ein Zwangsvergleich unzulässig. Gerichtskosten werden für das Verfahren aus § 115 nicht erhoben. Ger.-Kost.-Ges. § 56. — Gegen Andere, als den G.Schuldner, also gegen Angehörige,

Bevollmächtigte, Dienstboten, u. s. w. ist (abweichend von E. I. § 126) eine Verpflichtung zur Leistung des Eides nicht aufgestellt. Hinsichtlich der Anwendung auf Erben, Vorstandsmitglieder und Liquidatoren von Aktien- und anderen Gesellschaften vgl. Anm. 1 zu § 194, Anm. 2 zu § 196, Anm. 3 zu § 199, Anm. 2 zu § 205.

§ 116.

Die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände kann 1) bei der zuständigen Behörde durch den Konkursverwalter 2) betrieben werden. 3)

E. I. 128. P. 263—271.

1) Zu §§ 116, 117. Der Grund, weßhalb dem Verwalter die in den §§ 116, 117 normirten Befugnisse gegeben sind, beruht darauf, daß auch dann, wenn Absonderungsansprüche bestehen, die betroffenen Gegenstände einen Theil der K.Masse bilden, der Ueberschuß nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten zur K.Masse gehört und der Verwalter zur Erfüllung des K.Zwecks im Interesse der Gläubiger deshalb das Recht haben soll, die Verwerthung auch dann herbeizuführen, wenn Absonderungsberechtigte (zur Vermeidung von Kosten, oder weil sie aus den Revenuen einfacher und sicherer Befriedigung erwarten oder aus anderen Gründen) keine Anträge auf Zwangsvollstreckung stellen oder (weil ihre Ansprüche etwa noch nicht fällig sind) noch nicht stellen können. Hinsichtlich der beweglichen Gegenstände ist im § 117 die Voraussetzung ausgesprochen, daß ein Absonderungsrecht beansprucht wird. Hinsichtlich des unbeweglichen Eigenthums ist dies im § 116 nicht ausgesprochen und ist demnach hier nicht als Voraussetzung anzusehen. Der Umstand allein, daß die Vorschrift durch die Rücksicht auf die bestehenden Absonderungsberechtigten veranlaßt ist, zwingt nicht dazu, dem Gesetze eine nicht ausgedrückte Beschränkung zu geben. Der Verwalter soll nach § 116 unbedingt und ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Beanspruchen von Absonderungsrechten das im § 116 bestimmte Recht haben; auch die Mot. 346, 347 enthalten keine Andeutung einer desfallsigen Beschränkung dieses Rechts, sondern nur die Ausführung, daß die Immobiliargläubiger als solche nicht schon ein Widerspruchsrecht haben sollen. A.M. Hullmann S. 259, Petersen S. 375. Der Fall, daß kein Absonderungsanspruch an unbeweglichem Eigenthum eines G.Schuldners besteht, dürfte indeß kaum praktisch vorkommen.

Der Verwalter übt die Rechte aus §§ 116, 117 wie seine gesammten Verwalterfunktionen als gesetzlicher Vertreter des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse im Interesse der K.Gläubiger, Vorb. 2 vor § 1. Vgl. Hullmann S. 256 Anm. 3. Abnorm ist an der Stellung nur, daß er ebenso wie ein Gläubiger die Verwerthung der Vermögensgegenstände des von ihm selbst vertretenen G.Schuldners in den Formen und mit den Wirkungen der Zwangsvollstreckung veranlassen „betreiben" kann. Sein darauf gerichteter Antrag hat dieselben Folgen, wie der Antrag eines sonst gesetzlich zum Antrage Berechtigten; und bedarf, abgesehen von der Berechtigung, derselben Formen und Voraussetzungen. Entsprechend ist auch einer Zurücknahme seines Antrages dieselbe Folge beizumessen, wie der Zurücknahme des Antrags eines anderen Extrahenten. Preuß. Subh.-O. v. 15. März 1869 § 32. Im Uebrigen tritt er während des Verfahrens, es mag von ihm oder von Anderen veranlaßt sein, lediglich an die Stelle des G.Schuldners, welche dieser einnehmen würde, wenn kein Konkurs stattfände. Er hat dessen Widerspruchsrechte gegen den Zuschlag, Subh.-O. § 35, und kann unter den für den Schuldner bestehenden Bedingungen (Eig.-Ges. v. 5. Mai 1872 § 46) mitbieten.

Der Verwalter „kann" nach § 116 betreiben, bez. ist nach § 117 „berechtigt" zu betreiben. Er ist indeß rechtlich nicht gehindert, die Gegenstände durch freihändige Veräußerung oder durch anderweite Versteigerung ohne die Formen der Zwangsversteigerung

zu verwerthen, soweit dies nicht für bewegliche Sachen durch § 117 Abs. 1 Satz 2 (vgl. Anm. 4 zu § 117) eingeschränkt ist. Für den Bezirk der O.L.-Ger. Cöln vgl. § 16 Ausf.-Ges. v. 6. März 1879. Für Elsaß-Lothringen vgl. § 32 Einf.-Ges. v. 8. Juli 1879, v. Möller'sche Samml. (Althoff) D. S. 99. Ein freiwilliger Verkauf wird indeß praktisch nur ausführbar sein, wenn er im Besitze ist. — Der Verwalter kann auch von jeder Verwerthung absehen. Eine Verpflichtung zur Verwerthung unbeweglicher oder beweglicher Absonderungsobjekte ist dem Verwalter in den §§ 116, 117 nicht auferlegt; er hat nur ein Recht. Ist bei den Belastungen ein Ueberschuß für die K.Masse nicht zu erwarten, so würde die Verwerthung nur Kosten für die Masse veranlassen und ebenso sachwidrig sein als eine Ausklagung uneinziehbarer Forderungen. Die Absonderungsberechtigten hat der Verwalter nicht zu vertreten. Von einem in der R.K. angeregten Antrage, daß der Verwalter auf Antrag eines Absonderungsberechtigten die Verwerthung betreiben müsse, sofern derselbe nach § 88 seine Forderung als K.Gläubiger ganz oder theilweise geltend machen könne, ist deshalb Abstand genommen. Prot. 84—86.

2) Im § 116 wird das Betreibungsrecht des Verwalters in Beziehung auf das zur K.Masse gehörige unbewegliche Eigenthum bestimmt; im § 117 hinsichtlich der beweglichen Gegenstände der Masse. Durch das Betreibungsrecht des Verwalters aus § 116 wird das Betreibungsrecht der nach § 39 absonderungsberechtigten Immobiliar-Gläubiger nicht berührt. Dies ist vielmehr durch § 3 Abs. 2 aufrecht erhalten, da die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt. Ein nach oder vor der K.Eröffnung von Absonderungsberechtigten beantragtes Verfahren hat seinen ungehinderten Fortgang, sofern nicht etwa mit Rücksicht auf § 757 C.P.O. landesgesetzlich dem Konkurse ein Einfluß eingeräumt wird, was für Preußen nicht der Fall ist. Reichsgesetzlich wird durch den die anhängigen Prozesse betreffenden § 218 C.P.O. ein Zwangsvollstreckungsverfahren überhaupt nicht unterbrochen, vgl. auch C.P.O. § 693; während § 11 nur die Konkursgläubiger beschränkt. Vgl. Hullmann S. 257.

Ein Verfahren indeß, welches auf Antrag eines persönlichen (Konkurs-) Gläubigers schwebt, kann gemäß § 11 nach der K.Eröffnung nicht fortgesetzt werden. Nur wenn landesgesetzlich (C.P.O. § 757, K.O. § 39) dem Extrahenten als solchem ein dingliches Recht, also ein Recht auf abgesonderte Befriedigung beigelegt wird, was für Preuß. Recht nicht zutrifft, würde der gleiche Grundsatz, wie für ein Verfahren auf Antrag eines Absonderungsberechtigten, gelten. Der Verwalter kann jedoch, um die Beseitigung eines auf Antrag eines persönlichen Gläubigers schwebenden Verfahrens zu vermeiden, zufolge § 116 dessen Fortsetzung als Antragsteller betreiben, Mot. 51, 347. Ein darin bereits anstehender Termin und ein schwebendes Verfahren sind, so lange das Gericht sie nicht aufgehoben hat, nicht ipso jure mit der K.Eröffnung beseitigt. Der persönliche Gläubiger kann nur nach § 11 das Verfahren nicht fortsetzen und das leitende Gericht hat es in Ermangelung eines berechtigten Antragstellers aufzuheben; die Befugniß, als Antragsteller vor einer Aufhebung einzutreten, ist dem Verwalter indeß durch § 116 ebenfalls gegeben, Hullmann S. 259. Selbstverständlich kann nach § 11 der einzelne K.Gläubiger auch eine neue Zwangsvollstreckung nicht gegen den G.Schuldner betreiben. Mit Rücksicht auf das Recht des Verwalters, die Masse im gemeinsamen Interesse aller K.Gläubiger zu verwerthen, ist ihm dafür das Recht verliehen, und zwar ohne Unterschied, ob das bürgerliche Recht eine Befugniß der persönlichen Gläubiger zur Zwangsvollstreckung in verpfändete Objekte anerkennt. Mot. 347.

Ein Widerspruchsrecht gegen den Antrag des Verwalters haben die absonderungsberechtigten Immobiliar-Gläubiger wegen dieser ihrer Eigenschaft ebensowenig, wie der Verwalter gegen deren Anträge. Die Rechte Beider bestehen neben einander. Dagegen sind durch § 116 die Rechte solcher Dritter (einschließlich der in dieser Rechtsstellung befindlichen Immobiliargläubiger, bez. Mitbesitzer, vgl. A.L.R. I. 4 § 14—19;

I. 17 § 75 ff.; Subh.=O. §§ 112, 113) unberührt, welche der vom Verwalter beantragten Zwangsversteigerung (etwa auf Grund eines eingetragenen Veräußerungsverbots bez. von Verwaltungs= oder Verfügungsbeschränkungen) zu widersprechen berechtigt sind, weil sie einer Veräußerung des G.Schuldners überhaupt widersprechen dürfen. Vgl. Anm. 3. Inwieweit solche Berechtigungen begründet sind, ist nach Landesrecht zu entscheiden. § 39, C.P.O. §§ 757, 690. Danach ist Fuchs S. 128 zu beschränken. Hinsichtlich der Rechte des mitbesitzenden gütergemeinschaftlichen Ehegatten vgl. Anm. 3 zu § 37. — Die in Betreff des beweglichen Vermögens in der C.P.O. § 710 und im § 117 K.O. verordneten Beschränkungen der Rechte Dritter (vgl. Anm. 4 zu § 117) sind für das unbewegliche Vermögen nicht anwendbar. — Als selbstverständlich ist betrachtet, daß bei den auf Betreiben des Verwalters nach § 116, 117 eingeleiteten Zwangsverkäufen die bei gewöhnlicher Exekution dem Schuldner vor dem Angriffe des Pfandes etwa zu gestattenden und von den Absonderungsberechtigten auch im Konkurse zu respektirenden Fristen hinwegfallen. Mot. 349. Dem G.Schuldner gegenüber ist das Betreibungsrecht des Verwalters ein absolutes.

3) Der zum Antrage des Verwalters auf Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung nöthige Vollstreckungstitel ist nach C.P.O. §§ 702 Nr. 3, 755, entsprechend der Anm. 1 zu § 107, die mit Vollstreckungsklausel zu versehende Ausfertigung des K.Eröffnungsbeschlusses. So wie das von einem Absonderungsberechtigten veranlaßte Verfahren, so bleibt auch das vom Verwalter (durch selbständigen Antrag oder Beitritt) betriebene außerhalb des K.Verfahrens. Es wird nicht Theil des letzteren. Der Verwalter hat nur die Rechte einer Partei und zwar des G.Schuldners, vgl. Anm. 1. Er hat die für den G.Schuldner bestimmten Mittheilungen zu erhalten. Das Verfahren gehört vor die sonst zuständigen Behörden und die Wirkungen des Verfahrens sind dieselben, wie wenn kein Konkurs schwebte, C.P.O. §§ 755—757, Anm. zu §§ 3, 39, Anm. 5 zu § 11. Die Gerichtskosten werden nach den Vorschriften für Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung erhoben. Vgl. Ger.=Kost.=Ges. §§ 55, 35 Nr. 3, 46. Preuß. Ausf.=Ges. v. 10. März 1879 §§ 17, 18. Ueber das Verfahren selbst in Preußen betr. Zwangsversteigerung vgl. Subh.=Ordn. v. 15. März 1869, Ges. betr. Zwangsvollstreckung in unbewegl. Vermögen v. 4. März 1879; Kurlbaum Preuß. Subh.=O. unt. d. Einflusse der deutschen Justizges. u. s. w. Stuttgart, 1879; Jaekel Ges. betr. Zwangsvollstr. v. 4. März 1879, Berlin bei Vahlen, 1879. Betr. Zwangsverwaltung: A.G.O. I. 24 §§ 113—134, 137—140; (Basch Allg. G.O. S. 41 ff.); Konk.=O v. 8. Mai 1855 §§ 416—420. Für Elsaß=Lothringen vgl. v. Möller'sche Samml. Anm. 54 zu C.P.O. § 757 D. S. 82.

§ 117.

Der Verwalter ist berechtigt,[1] die Verwerthung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein Faustpfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht,[2] nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben.[3] Der Gläubiger kann einer solchen Verwerthung nicht widersprechen, vielmehr seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen.[4]

Ist der Gläubiger befugt, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen,[5] so kann auf Antrag des Verwalters das Konkursgericht dem Gläubiger nach dessen Anhörung eine Frist bestimmen,

innerhalb welcher er den Gegenstand zu verwerthen hat.[6] Nach dem Ablaufe der Frist findet die Vorschrift des ersten Absatzes Anwendung.[7]

E. I. 129. P. 263—271.

1) Die Anm. 1, 2 zu § 116 gelten mit den darin angegebenen Modifikationen, insbesondere mit der in nachsteh. Anm. 4 bemerkten Abweichung auch für die Verwerthung beweglicher Absonderungsobjekte, welche § 117 behandelt. Das Recht des Verwalters besteht auch hier nur neben dem Rechte des Absonderungsberechtigten, ohne das letztere zu absorbiren. Der Verwalter hat kein Recht, zu verlangen, daß der Letztere, also namentlich ein Gläubiger, welcher schon ein Pfändungspfandrecht hat, seine Anträge aufschieben und Anträge des Verwalters abwarten müsse, § 3 Abs. 2. Hinsichtlich der Stellung des Verwalters betreffs der Anfechtung der Absonderungsrechte vgl. Anm. zu §§ 22, 23, 29.

2) Der § 117 ist nach seinem Wortlaute nur hinsichtlich der Verwerthung von Massegegenständen anwendbar, an welchen ein Absonderungsrecht gemäß §§ 40, 41 beansprucht wird. Das Recht des Verwalters besteht gegenüber jedem Absonderungsberechtigten, ohne Rücksicht auf den Grund der Rechte des Letzteren; und auf den sonstigen Inhalt dieser Rechte, ob Pfandrechte oder Retentionsrechte. Lediglich das Recht des Gläubigers, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen, begründet den im Abs. 2 angegebenen Unterschied. Das im Abs. 1 bestimmte Recht des Verwalters, die Verwerthung nach Maßgabe der Vorschriften über Zwangsvollstreckung zu betreiben, enthält andererseits nicht das Recht, zu verlangen, daß der Gläubiger eine desfallsige Verwerthung betreiben soll. R.G. 2, 35. Ein bei der K.Eröffnung bereits schwebendes Vollstreckungs-Verfahren wird, falls es auf Antrag eines Absonderungsberechtigten eingeleitet ist, bez. der Antragsteller zur Zeit der K.Eröffnung schon (durch Pfändung oder sonst) ein Absonderungsrecht hat, nach dem Grundsatze des § 3 Abs. 2 nicht unterbrochen. Ist der Antragsteller nur persönlicher Gläubiger, so kann er das Verfahren nicht fortsetzen, der Verwalter dasselbe aber aufnehmen. Anm. 1, 2 zu § 116. Ueber den Ausdruck: Gegenstand vgl. Anm. 2 zu § 35.

3) Das vom Verwalter betriebene Verfahren erfolgt wie bei Immobilien (Anm. 3 zu § 116) einschließlich der Wirkungen und der dazu gehörigen Befriedigung des Pfandgläubigers nicht nach den Vorschriften der K.O., insbesondere nicht nach §§ 58 — 63, sondern nach der C.P.O. Sofern die Befriedigung nicht sofort bez. bei Mehreren nicht vollständig geschehen kann, muß der Erlös nach C.P.O. §§ 728, 751, 758 ff. hinterlegt und vertheilt werden. Mot. 349.

Die Vorschriften der C.P.O. über die Zwangsvollstreckung, nach welchen der Verwalter die Verwerthung betreiben kann, sind indeß mit Rücksicht auf Grund und Zweck des Verfahrens nur entsprechend anwendbar und erleiden dadurch Modifikationen, daß der Verwalter materiell nicht eine Zwangsvollstreckung gegen den G.Schuldner ausführt, sondern Namens desselben als dessen Vertreter dessen Vermögensgegenstände in den Formen der Zwangsvollstreckung und mit den Wirkungen derselben hinsichtlich aller anderen Betheiligten — ohne einen Erwerb eigner Rechte für den Verwalter selbst — verwerthet. Sachlich hat also diese Verwerthung, da sie nicht Zwangsvollstreckung ist und kein Pfändungspfandrecht begründet, keinen Einfluß auf die Kollision der Pfand- und Quasi-Pfandrechte unter einander, Anm. 3, 14 zu § 41. Formell hat der Verwalter als Antragsteller Namens des G.Schuldners dem Gerichtsvollzieher den Auftrag zum Verkauf beweglicher körperlicher Sachen zu geben. Der Gerichtsvollzieher ist, wie er sonst bei der Zwangsvollstreckung Beauftragter des Gläubigers ist, C.P.O. § 674, so hier Bevollmächtigter des Verwalters als Vertreter des Schuldners. Ueber seine Stellung und Rechte als Antragsteller vgl. Anm. 1 Abs. 2 zu § 116. Eine Pfändung gegen

den G.Schuldner erübrigt sich hierdurch; der Gerichtsvollzieher verkauft (nach den Vorschriften der C.P.O. §§ 716—718, 720—726) die Sachen, welche ihm der Verwalter oder ein zur Herausgabe bereiter Dritter übergiebt. Ist ein dritter Inhaber zur Herausgabe nicht bereit, so muß der Verwalter diese erst durch Klage erzwingen, Anm. 1 zu § 107; dies gilt namentlich (auf Grund des § 117) auch dann, wenn der Pfand- oder Quasi-Pfandgläubiger selbst die Sache besitzt und nicht herausgeben will. Soll eine zur K.Masse gehörige Forderung, an welcher ein Absonderungsrecht besteht (in Ermangelung einer gütlichen Vereinbarung mit dem Absonderungsberechtigten hinsichtlich der Verwerthung) nach § 117 verwerthet werden, so bedarf es zwar auch hier nicht gegen den G.Schuldner, aber wegen der Rechte des Absonderungsberechtigten einer Pfändung bez. eines durch das Prozeßgericht zu erwirkenden vollstreckbaren Urtheils gegenüber dem Absonderungsberechtigten behufs der Herausgabe von Schuldurkunden, Wechseln ꝛc. bez. Gestattung der Verwerthung, soweit er derselben Hindernisse entgegenstellt. C.P.O. §§ 772, 737 Abs. 2, 732. Durch den offenen Arrest wird der Verwalter an Stelle des G.Schuldners legitimirt. Eine Pfändung im Sinne des § 730 C.P.O., durch welche dem Drittschuldner verboten würde, an den zu pfändenden G.Schuldner, d. h. hier entsprechend an den Verwalter zu zahlen, und diesem geboten würde, sich jeder Verfügung zu enthalten, kann hier nicht stattfinden und würde vielmehr zweckwidrig sein. (A.M. Stieglitz S. 500). Eine besondere Ueberweisung der schon zur K.-Masse gehörigen Forderung an den Verwalter ist mit Rücksicht auf § 107 nicht nöthig. Prot. 87. Kraft des im § 117 dem Verwalter gegebenen Rechts kann derselbe die Forderung verwerthen bez. gegen den Drittschuldner einklagen, als wenn sie dem Verwalter zur Einziehung überwiesen wäre. Für die Verwerthung bleiben die §§ 735, 739—741, 745—747, 750—754 maßgebend.

4) Satz 2: der Gläubiger, d. h. der Faustpfand- oder Quasifaustpfand-Gläubiger kann einer „solchen", nämlich einer nach Satz 1 gemäß den Vorschriften über Zwangsvollstreckung erfolgenden Verwerthung nicht widersprechen, sondern seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen. Eine andere Art von Verwerthung, z. B. einen freihändigen Verkauf von körperlichen Sachen oder Forderungen braucht er sich nicht gefallen zu lassen. — Das Widerspruchsrecht eines Absonderungsberechtigten gegen eine nach Satz 1 erfolgende Verwerthung von beweglichen Gegenständen ist ohne Rücksicht darauf beseitigt, ob der Gläubiger im Besitze der Gegenstände sich befindet oder nicht. Bei Beurtheilung der Tragweite des zweiten Satzes des Abs. 1 sind die Vorschriften der C.P.O. über die Zwangsvollstreckung (außerhalb des K.Verfahrens) zu berücksichtigen. Nach dem für alle Zwangsvollstreckungen in bewegliches und unbewegliches Vermögen geltenden § 690 C.P.O. kann ein Dritter, welcher behauptet, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, seinen Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage beim Gerichte, in dessen Bezirke die Vollstreckung erfolgt, geltend machen. Wer ein solches Hinderungsrecht hat, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Da die Vollstreckung behufs der zwangsweisen Verwerthung der Rechte des G.Schuldners für seine Gläubiger erfolgt, so ist sie an sich unberechtigt, soweit ein Dritter auf den Gegenstand Rechte hat, welche einerseits der G.Schuldner anerkennen muß und welche zugleich jeder Andere (also auch der Gläubiger) vermöge des dinglichen Charakters dieser Rechte gegen sich gelten lassen muß. Wer nur ein persönliches Recht gegen den G.Schuldner darauf hat, daß ihm derselbe eine Sache gewähren muß, hat hierdurch noch nicht das Recht, die Erwerbung für Andere bez. die Veräußerung zu Gunsten Anderer zu hindern. Dagegen sind auf Grund des § 690 C.P.O. (außer Eigenthümern) namentlich die im Besitz befindlichen Pfand- und Retentionsberechtigten und diejenigen, welche auf Grund von dinglich wirkenden (gesetzlichen, vertragsmäßigen oder testamentarischen) Veräußerungsverboten widersprechen dürfen (vgl.

preuß. A.L.R. I. 4 §§ 14—19), zum Widerspruche gegen die Zwangsvollstreckung berechtigt, soweit das bürgerliche Recht eine solche Berechtigung für sie anerkennt. Die C.P.O. hat ferner materiell-rechtlich im § 710 (im Titel über Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen) bestimmt, daß ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts der Pfändung nicht widersprechen, sondern nur sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse geltend machen kann. Befindet sich ein Solcher im Besitze, so braucht er (außerhalb des K. Verfahrens) e contrario sich Pfändung und Versteigerung nicht gefallen zu lassen, soweit er sonst civilrechtlich ein Widerspruchsrecht hat, sondern kann abwarten, daß der Exekutionssucher sich den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe überweisen läßt, kann auch gegen einen solchen einwenden, daß der Schuldner nur nach Befriedigung des besitzenden Dritten wegen seiner Rechte die Herausgabe verlangen könne und kann nöthigenfalls sein Widerspruchsrecht durch Klage gemäß § 690 geltend machen. Für das K. Verfahren ist nun durch den zweiten Satz des Abs. 1 die Beschränkung der Rechte, welche C.P.O. § 710 für die nicht-besitzenden Pfand- bez. Vorzugsberechtigten bestimmt, auf alle, also auch auf die besitzenden Absonderungsberechtigten ausgedehnt. Sie müssen (zur Vermeidung unziemlicher Verzögerung) sich die Verwerthung gefallen lassen und können ihre Ansprüche nur auf den Erlös richten. Indeß betrifft diese Bestimmung nur die Gläubiger, und zwar nur diejenigen, welche ein Faustpfandrecht oder ein gleiches Recht an einer beweglichen Sache beanspruchen (§§ 40, 41), insbesondere also die praktisch häufigsten Kategorien derselben: Verpächter, Vermiether, kaufmännische Retentionsberechtigte und Pfändungspfandgläubiger, § 41 Nr. 2, 4, 8, 9. Die Vorschrift trifft dagegen nicht die Immobiliargläubiger, für welche nicht § 117, sondern §§ 116, 39 maßgebend sind; im § 116 ist eine Bestimmung gleich dem Satze 2 des Abs. 1 § 117 nicht aufgenommen. Sie betrifft auch nicht andere „Dritte", welche ein Widerspruchsrecht im Sinne des § 690 haben, und dasselbe nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts geltend machen können. Vgl. Anm. 3 zu § 116.

Nach § 11 Abs. 2 Bundesges. v. 2. Juni 1869, B.G.B. S. 161 (vgl. E.G. § 3 Abs. 1) ist das Reich nicht verpflichtet, im Falle des Konkurses die als Kaution eines Reichsbeamten verpfändeten Werthpapiere in die Konkursmasse einzuliefern. Den damaligen Konkurs-Vorschriften entsprechend bedeutete dies die ungeschmälerte Erhaltung der Kautionsrechte des Reichs ohne jeden Einfluß des Konkurses auf dieselben; und mit der gleichen Bedeutung wird auch jetzt diese Vorschrift als (gemäß § 3 E.G.) aufrecht erhaltene Ausnahme anzusehen sein.

5) Abs. 2 statuirt eine Ausnahme von der Aufrechterhaltung der Rechte der Absonderungsberechtigten. Anm. 1 zu § 3. Für diese Ausnahme macht es keinen Unterschied, ob die Befugniß, sich ohne gerichtliches Verfahren aus dem Gegenstande zu befriedigen, auf einem gültigen Vertrage (vgl. Anm. zu § 3), auf Privileg (so für die Reichsbank laut Bankges. v. 14. März 1875 § 20, R.G.Bl. S. 183, für die preuß. Seehandlung Kab.O. v. 31. Januar 1827, G.S. S. 24, für die rittersch. Privatb. in Pom. Stat. v. 23. Januar 1833 § 30, G.S. S. 10) oder auf Gesetz (wie nach dem preuß. Ges. betr. das Pfandleihgewerbe v. 17. März 1881 §§ 9 ff., G.S. S. 265) beruht. Soweit das Gesetz direkt oder hinsichtlich der Bestimmung der Gültigkeit eines Vertrages von Einfluß wird, sind die Reichsgesetze bez. die Landesgesetzgebung maßgebend. Zu den „ohne gerichtliches Verfahren" Berechtigten gehören aber nicht diejenigen, welche zwar von einer Klage, nicht aber von der Nachsuchung einer gerichtlichen Anordnung befreit sind, wie z. B. in den Fällen des H.G. Art. 310, 374, 375, 382, 387, 409, 624, 629, 675, 727. Für die Anwendbarkeit des Abs. 2 ist andererseits entscheidend, ob der Gläubiger zur Zeit der K.Eröffnung zur Selbstbefriedigung ohne gerichtliches Verfahren befugt war. War an sich eine gerichtliche Anordnung nöthig, aber schon vor

der K.Eröffnung ertheilt, so findet Abs. 2 Anwendung. R.O.H. 14, 29. Dies ist auch von der R.K. als Auslegung derselben unter Zustimmung der Regierungsvertretung konstatirt. Prot. 86, 87.

6) Der Verwalter hat die Fristbestimmung, nachdem vom K.Gerichte die Frist festgesetzt ist, dem Dritten nach C.P.O. §§ 198, 152 ff. zustellen zu lassen. Das Gericht kann auch direkt demselben die Fristbestimmung und den Antrag des Verwalters mittheilen. Der § 69 Abs. 2 ist hier nicht anwendbar, da es sich nicht um eine lediglich Mittheilung des Verwalters im K.Verfahren handelt. Innerhalb der Frist kann der Gläubiger, für welchen Abs. 2 anwendbar ist, die Verwerthung nach Maßgabe der ihm außerhalb des K.Verfahrens zustehenden Rechte veranlassen, Anm. zu § 3. Sowohl das Recht des Verwalters, eine Zwangsvollstreckung nach Abs. 1 zu betreiben, als auch die Ausdehnung dieses Rechtes gemäß dem zweiten Satze des Abs. 1 finden dann keine Anwendung.

7) Die Berechnung der Frist erfolgt nach C.P.O. §§ 198 ff. Es bedarf weder einer Androhung der Folgen der Frist, noch eines demnächstigen Antrags auf richterliche Festsetzung des Eintritts der Folgen. Sobald die Frist abgelaufen ist, kann der Verwalter die Vollstreckung nach Abs. 1 betreiben; da sie indeß ohne sein wirkliches Betreiben nicht wirkt, so kann bis zum thatsächlichen Betreiben des Verwalters der Gläubiger noch die Verwerthung in Gemäßheit seiner Rechte bewirken. C.P.O. §§ 208, 209.

§ 118.

Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung kann der Verwalter mit Genehmigung des Gerichts oder, wenn von dem Gerichte ein Gläubigerausschuß bestellt ist, mit dessen Genehmigung[1] dem Gemeinschuldner und der Familie desselben nothdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren.[2]

Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung hat der Verwalter nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners zu schließen oder fortzuführen[3] und die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten nach Anordnung des Gerichts zu hinterlegen.[4] Ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuß bestellt, so beschließt dieser über die Schließung oder die Fortführung des Geschäfts und über die Hinterlegung der Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten.

E. I. 130. P. 132. 136a. 144. 161. 162. 221. 224. 225. 244.

1) Abs. 1 regelt die Zulässigkeit einer provisorischen Gewährung von Unterhalt für den G.Schuldner und dessen Familie im Gegensatze zu einer definitiven Beschließung über ihre Unterstützung nach § 120. Ueber die Grenzen des § 1 Abs. 2 hinaus hat der G.Schuldner keinen rechtlichen Anspruch auf Unterhalt. Er fällt seiner eigenen Erwerbsthätigkeit bez. dem Armenrechte anheim. Ein Antrag auf Feststellung einer Verpflichtung zur Gewährung des nothdürftigen Unterhalts bis zum Beschlusse der G.Versammlung ist von der R.K. abgelehnt. Prot. 89, 90. Um den Billigkeits-Anschauungen Rechnung zu tragen, soll Unterhalt gewährt werden können. Bis „eine“ G.Versammlung (also die erste oder eine spätere, falls ein Bedürfniß sich erst später herausstellt, § 120) darüber endgültig beschließt, ist zur Gewährung erforderlich:

a. die Bewilligung des Verwalters, welcher hierfür gemäß § 74 den Gläubigern verantwortlich ist,

b. die Genehmigung des Gläubigerausschusses, wenn ein solcher nach § 79 Abs. 1

vom Gerichte bestellt ist, und die Genehmigung des K.Gerichts, wenn ein solcher Ausschuß nicht bestellt ist. Daß nur ein vom Gerichte bestellter Ausschuß gemeint ist, geht aus dem ausdrücklichen Zusatze im Gegensatze zu dem bestellten Ausschusse im § 121 unzweifelhaft hervor.

In Aussicht genommen ist, daß in der Regel die erste G.Versammlung beschließt. Mot. 350. Beschließt sie jedoch nicht hierüber, obgleich schon vorher gemäß Abs. 1 Unterhalt bewilligt ist, so kann derselbe unter den Bedingungen des Abs. 1 weiter gewährt werden, bis eine G.Versammlung deshalb beschließt. Dem Sprachgebrauch der K.O. gemäß ist unter „einer" G.Versammlung jede verstanden, §§ 87, 88 (vgl. dagegen §§ 72, 119), wie auch im § 120 „die" G.Versammlung ohne nähere Zeitbeschränkung als zur definitiven Beschlußfassung zuständig bezeichnet ist. Demgemäß kann also, falls die erste G.Versammlung oder mehrere über Unterstützung oder Unterhalt des G.-Schuldners nichts beschlossen haben, weil kein Anlaß dazu vorlag, noch später die Bewilligung in den Formen und Grenzen des § 118 erfolgen, bis ein G.Versammlungsbeschluß gefaßt ist. Wenngleich die Erwähnung nur des vom Gerichte bestellten Ausschusses und das eventuelle Eintreten des Gerichts als mitbeschließenden Organs darauf hindeuten, daß hauptsächlich die Zeit vor der ersten G.Versammlung berücksichtigt sein soll, so würde die Annahme, daß, wenn eine frühere G.Versammlung weder direkt beschlossen, noch dem Verwalter bez. dem G.Ausschusse desfallsige Befugnisse übertragen hätte, der Verwalter nach § 118 keine Befugnisse mehr hätte (Stieglitz S. 502, v. Sarwey S. 537, 541), weder dem Wortlaute, noch dem Bedürfnisse gerecht werden. v. Völderndorff II. S. 257, 265, 269.

Die Zustimmung des Verwalters ist unbedingt nur von dessen Ermessen abhängig. Gegen dessen Weigerung kann der G.Schuldner nicht (natürlich auch nicht ein Anderer, z. B. ein Armenverband an seiner Stelle) das Gericht anrufen. Das Gericht kann nach Abs. 1 ohne Zustimmung des Verwalters nicht bewilligen. Beantragt der Verwalter die Gewährung, so steht gegen eine Ablehnung des Gerichts dem Verwalter, wie auch dem G.Schuldner als Verletzten die Beschwerde nach § 66 zu.

2) Nur nothdürftiger Unterhalt kann gewährt werden. Für eine Mehrbewilligung bleibt der Verwalter verantwortlich (vgl. die Abweichung für den Beschluß der G.Versammlung in Anm. 1 zu § 120). Der Unterhalt kann aber auch nach dem Tode des G.Schuldners seiner Familie gewährt werden. Zur Familie sind hier, wie für § 120, sprachgebräuchlich außer Frau und Kindern auch die mit ihnen zusammen lebenden Verwandten zu rechnen. — Er kann nur aus der K.Masse gewährt werden. Sofern er in Form der Wohnungseinräumung im Hause des G.Schuldners oder sonst aus Absonderungsobjekten gewährt werden soll, ist die Zustimmung der etwa betheiligten Realgläubiger nöthig, auf deren Kosten und gegen deren Willen Verwalter und K.Gläubiger nicht freigebig sein können. Mot. 350 (gegen Strieth. 78, 3).

3) Abs. 2 regelt die provisorische Bestimmung über Schließung oder Fortführung des Geschäfts (Anm. 3) und über Hinterlegung (Anm. 4) im Gegensatze zu der definitiven Beschließung einer G.Versammlung nach § 120. Der Beschluß über die Fortführung des Geschäfts kann auch auf theilweise oder zeitweise Fortführung gerichtet werden. Ob und wieweit die Fortführung des Geschäfts wegen Konzessionsbeschränkungen oder Unzulässigkeit des Betriebs durch Stellvertreter unmöglich ist, bestimmt sich nach der Gewerbeordn. v. 21. Juni 1869 §§ 29 ff., 41 ff., 55 ff. Selbstverständlich sind die Steuervorschriften für eine Fortführung zu beachten. Die Mot. erwähnen, daß das preuß. Obertrib. und das preuß. Finanzministerium den bloßen Ausverkauf eines Geschäftes im Konkurse als steuerfrei anerkannt haben. Mot. 351.

4) Die Hinterlegung zum gerichtlichen Depositum ist nicht allgemein vorgeschrieben, da eine gerichtliche Depositalverwaltung nicht überall besteht bez. deren Beseitigung theils

erfolgt, theils in Aussicht genommen ist. Abgesehen von dem ersten Stadium vor einer G.Versammlung, — für welches die „Anordnung des Gerichts" maßgebend ist, sofern nicht vom Gerichte ein G.Ausschuß bestellt ist — soll der Selbstverwaltung nicht vorgegriffen werden. Die definitive Beschließung bleibt auch hierüber der G.Versammlung vorbehalten, § 120, und ist wohl zu erwarten, daß über diesen Punkt schon die erste G.Versammlung einen Beschluß nicht unterläßt.

Der Ausdruck: „hinterlegen" ist nicht auf die zu gerichtlichen Hinterlegungen bestimmten Anstalten beschränkt. Bei jeder Bank und bei Jedermann kann eine Hinterlegung angeordnet bez. beschlossen werden. Mot. 352, 353. Prot. 88. Auch eine Zinsbarmachung (Anlegung) der deponirten Gelder ist nicht ausgeschlossen. Prot. 88. Vgl. § 125. Ueber das Hinterlegungswesen in den deutschen Bundesstaaten im Jahre 1878 vgl. Verhandl. d. 13. Juristentags I. S. 86—109, II. S. 347—372, 435—439. Für Preußen vgl. Ges. betr. Hinterlegungswesen v. 19. Juli 1875, G.S. S. 531; Hinterlegungsordn. v. 14. März 1789, G.S. S. 249. Minist.-Verf. v. 8., 9. u. 31. Juli 1879, Just.-Min.-Bl. S. 156—170, 173—191, 216—221.

§ 119.

In der ersten Gläubigerversammlung hat der Verwalter über die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, über die Lage der Sache und über die bisher ergriffenen Maßregeln zu berichten.[1]

E. I. 131. P. 163. 336.

1) Der Bericht soll nach den Mot. 351 mündlich erstattet werden; die Verlesung eines schriftlichen Berichts ist indeß nach dem Gesetze selbst nicht ausgeschlossen. Jedenfalls muß nur der Bericht in der G.Versammlung erfolgen. Aus der Stellung des Verwalters folgt, daß sowohl jeder Gläubiger als das K.Gericht das Fragerecht hat. Vgl. Anm. zu §§ 74, 75, 78. Mot. 351. Sachgemäß ist im Termine mit dem Berichte zu beginnen und sind darauf die Wahlen nach §§ 72, 79 vorzunehmen und demnächst die im § 120 erwähnten Beschlüsse. Mot. 352.

§ 120.

Die Gläubigerversammlung beschließt über eine dem Gemeinschuldner und dessen Familie zu bewilligende Unterstützung,[1] über die Schließung oder die Fortführung des Geschäfts und über die Stelle, bei welcher, sowie über die Bedingungen, unter welchen die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten hinterlegt oder angelegt werden sollen.[2] Die Gläubigerversammlung beschließt, in welcher Weise und in welchen Zeiträumen der Verwalter ihr oder einem Gläubigerausschusse über die Verwaltung und Verwerthung der Masse Bericht erstatten und Rechnung legen soll.[3]

E. I. 132. P. 132. 136a. 144. 161. 162. 221. 224. 225. 244.

1) Abs. 1 überträgt der G.Versammlung die definitive Beschlußfassung über die hinsichtlich der provisorischen Bestimmung im § 118 erwähnten Gegenstände. Nach den Mot. 353 kann die G.Versammlung die Beschlußfassung dem G.Ausschusse übertragen, wenn ein solcher bestellt wird. An die im § 118 vorgeschriebene Beschränkung auf den „nothdürftigen Unterhalt" (Anm. 2 zu § 118) ist die G.Versammlung für die von ihr zu bewilligende „Unterstützung" nicht gebunden. Sie ist überhaupt nicht in der Bestimmung darüber beschränkt, wozu die Unterstützung dienen soll. Ist nichts Besonderes bestimmt, so fällt die Verwendung dem Ermessen des G.Schuldners anheim, ohne daß

er darüber Rechnung zu legen hat. Ueber die Verwendung zu Beerdigungskosten vgl. Anm. 4 zu § 51. Die Versammlung unterliegt aber sachgemäß gleichfalls der Beschränkung, daß sie nur aus der K.Masse bewilligen und andere Mittel auf Kosten von Realgläubigern nicht verwenden kann. Anm. 2 zu § 118. Eine Vergütung für Dienstleistungen des G.Schuldners fällt nicht unter den Begriff einer Unterstützung, weil er nur zur Auskunftsertheilung, nicht aber zu Arbeiten den Gläubigern gegenüber verpflichtet ist. Mot. 351. — Dagegen, daß an Unterstützung zu viel bewilligt sei, ist nach § 91 eine Berufung auf gerichtliche Entscheidung zulässig. Daß nichts oder zu wenig bewilligt sei, kann nicht Gegenstand einer solchen Provokation werden; denn das Gericht kann nach § 91 nur die Ausführung eines Beschlusses untersagen, nicht aber positiv selbst bestimmen.

2) Vgl. Anm. 1, 3, 4 zu § 118. „Anlegen" d. h. Nutzbarmachen durch Ankauf von Werthpapieren, Wechseln u. s. w. Prot. 88.

3) Ueber das Verhältniß der im Abs. 2 erwähnten Berichterstattung zu der in § 80 Abs. 2 vorgesehenen Berichterstattung an den Ausschuß vgl. Anm. zu § 80. — Gegenstand eines weiteren allgemeinen Beschlusses kann eine Aenderung des § 125 sein.

§ 121.

Der Verwalter hat, falls ein Gläubigerausschuß bestellt ist,[1] dessen Genehmigung einzuholen:[2]

1. wenn Gegenstände, deren Verkauf ohne offenbaren Nachtheil für die Masse ausgesetzt werden kann und nicht durch die Fortführung des Geschäfts veranlaßt wird, verkauft werden sollen, bevor der allgemeine Prüfungstermin abgehalten oder ein vor dem Schlusse desselben eingereichter Zwangsvergleichsvorschlag erledigt ist;[3]
2. wenn die Erfüllung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners verlangt,[4] Prozesse anhängig gemacht,[5] deren Aufnahme abgelehnt,[6] Vergleiche oder Schiedsverträge geschlossen,[7] Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseansprüche anerkannt,[7] Pfandstücke eingelöst,[7] oder Forderungen veräußert[8] werden sollen, und es sich in diesen Fällen um einen Werthgegenstand von mehr als dreihundert Mark handelt.[9]

E. I. 133. 134. P. 157—159. 222. 223. 256. 264. 273. ff.

1) Im § 121 sind Verwaltungsakte zusammengestellt, für welche bei ihrer Wichtigkeit ein Ermessen des Verwalters allein nicht wünschenswerth, indeß eine umständlichere weniger diskrete Beschlußfassung und Berufung einer G.Versammlung unthunlich erschien. Für diese Akte soll die Genehmigung des G.Ausschusses eingeholt werden, wenn ein solcher (vom Gerichte oder von der G.Versammlung) bestellt ist. Vgl. Gegensatz im § 118: „vom Gerichte bestellt". War zur Zeit, wo ein solcher Akt vorzunehmen ist, ein Ausschuß nicht bestellt, so hat der Verwalter — vorbehaltlich der Vorschrift des § 123 — diese Akte selbständig vorzunehmen. Der G.Ausschuß kann seine Genehmigung zu den im § 121 bezeichneten Geschäften oder zu einzelnen Klassen derselben generell ertheilen. So Mot. 356. Die Bedenken von v. Völderndorff II. S. 276 hiergegen: der Ausschuß könne seine Verpflichtung nicht von sich abwälzen und den Verwalter nicht von der Einholung der Genehmigung dispensiren, sind nicht zutreffend. Eine Beschränkung, daß die Genehmigung nur immer für den einzelnen Fall einzuholen sei, ist nicht vorgeschrieben, und dem Ausschusse ist außer der im § 84 normirten Sorgfalt, mit welcher

das Vertrauen zum Verwalter und die Vorausgenehmigung zumal in einfacheren Konkursen bez. für die Angelegenheiten zu 2 vereinbar ist, keine Art der Richtung einer Spezialprüfung zur Pflicht gemacht. — Die Zurücknahme einer ertheilten Genehmigung vor der Ausführung der Handlung steht der von Anfang an erklärten Verweigerung der Genehmigung gleich. — Der Verwalter kann auf seine Verantwortung in dringenden Fällen selbst handeln und die Genehmigung des Ausschusses nachher einholen. Mot. 356. Für die Verhältnisse Dritten gegenüber ist § 124 zu beachten.

2) Voraussetzung für alle in den §§ 121, 122 erwähnten Handlungen ist, daß der Verwalter sie will (vgl. § 123). Dies ist durch das Wort: Genehmigung ausgedrückt (ratum habere); es handelt sich um die Zustimmung zu dem vom Verwalter Gewollten. Im E. I. §§ 133, 134 war für die Akte zu § 121 Nr. 1 die „Genehmigung" mit der im § 124 angegebenen Wirkung in Aussicht genommen, und für die Akte der jetzigen §§ 121 Nr. 2 und 122 die „Zustimmung" des Ausschusses als zur Gültigkeit der Rechtshandlung erforderlich erklärt. Dagegen ist durch den Ausdruck Genehmigung nicht bezeichnet, daß nicht blos der Wille des Verwalters, sondern auch die Handlung schon vorangegangen sei, was als Regel dem Zwecke, dem § 123 und dem Wortlaute in Nr. 1 und 2 „werden sollen" widerspräche. Er hat darüber selbständige Entschließung und bleibt für seine Bethätigung verantwortlich. Die Verantwortung wird ihm dadurch nicht abgenommen, daß er die Genehmigung des Ausschusses, welcher dafür ebenfalls verantwortlich ist (§ 81), bez. der G.Versammlung einholt und erhält. Gegen seinen Willen kann der Verwalter vom Ausschusse oder von der Versammlung zu solchen Handlungen z. B. zur Anstrengung eines Prozesses nicht gezwungen werden. Die Zulässigkeit eines solchen Zwanges folgt nicht aus § 121 (Prot. 88) und würde dem Prinzipe des § 107 widersprechen. Desfallsige Kollisionen sind durch Regreßprozesse oder durch Entlassung des Verwalters zu erledigen.

3) Zu Nr. 1. Frühzeitiger Verkauf von Gegenständen. Die Nothwendigkeit der Genehmigung für die Fälle des § 121 Nr. 1 dient in Verbindung mit § 123 insbesondere dazu, ein besonderes Vorstadium einer einstweiligen Verwaltung (provisorischer Syndiken) überflüssig zu machen. Vgl. Vorbem. vor § 107. Die „Gegenstände", über deren frühzeitigen Verkauf Nr. 1 bestimmt, sind auch hier im weitesten Sinne einschließlich der Forderungen und Rechte, der beweglichen und unbeweglichen Sachen verstanden, vgl. Anm. 2 zu § 35. Indeß bestehen neben der Vorschrift zu Nr. 1 für einen Verkauf von Forderungen in späterer Zeit noch die Beschränkung in Nr. 2 (Anm. 8) und außerdem für die Veräußerung bestimmter Klassen von Rechten die Beschränkung des § 122 Nr. 1. Ebenso besteht neben § 121 Nr. 1 für die Veräußerung unbeweglicher Sachen aus freier Hand die Vorschrift des § 122 Nr. 2. Abgesehen von diesen ferneren Einschränkungen ist nach Nr. 1 eine Genehmigung des Ausschusses nicht einzuholen: a. für einen Verkauf nach den in Nr. 1 bestimmten Zeitmomenten, b. für einen Verkauf, dessen Aussetzung für die Masse einen offenbaren Nachtheil (durch Verderben der Sachen, Aufbewahrungs- oder Unterhaltungskosten — Vieh, — Entwerthung mit dem Zeitverlauf oder mit Aenderung der Konjunkturen) erwarten läßt. Maßgebend ist für den Entschluß die Zeit des gewollten Verkaufs, nicht ob sich später gezeigt hat, daß ein Nachtheil in der That nicht eingetreten sein würde. Die Genehmigung ist ferner nicht nöthig: c. für einen Verkauf, welcher durch die Fortführung des Geschäfts veranlaßt wird, also so erfolgt, wie es der Betrieb eines derartigen Geschäfts gewöhnlich mit sich bringt; Art. 47 H.G.B.

4) Zu Nr. 2. Für alle Handlungen unter Nr. 2 wird die Genehmigung nur erfordert, wenn es sich um mehr als 300 Mark Werth handelt. Mot 354, vgl. Anm. 9. — „Erfüllung von Rechtsgeschäften". Nur wenn der Verwalter die Erfüllung von Rechtsgeschäften nach §§ 15, 20, 52 Nr. 2 seinerseits verlangen will, hat er die

Genehmigung einzuholen, nicht wenn er es bei der Nichterfüllung bewenden lassen will. Der gesetzgeberische Grund liegt darin, daß die Nichterfüllung nur Konkursforderungen erzeugt, das Verlangen der Erfüllung aber Masseansprüche, Mot. 354. Die Nichterfüllung gilt für den Konkurs als Regel. Anm. 3 zu § 15. R.O.H. 25, 288. Auch für die Kündigung oder Aufhebung von Pacht-, Mieth- und Dienstverträgen gemäß §§ 17—19 bedarf der Verwalter daher keiner Genehmigung; die schweigende Fortsetzung solcher Verhältnisse kann dagegen durch Versäumung der Kündigungszeit das Verlangen der Erfüllung bedeuten.

5) „Prozesse anhängig machen". Hier ist nur von Prozessen die Rede, welche der Verwalter anstrengen will. Vgl. C.P.O. §§ 230, 235. Prozesse, welche gegen ihn wegen Aussonderungs-, Absonderungs-, Masse-Ansprüche oder von K.Gläubigern erhoben werden, sind schon anhängig, wenn ihm die Klage zugestellt ist, und „sollen" also nicht noch anhängig gemacht werden. Zur Führung solcher Prozesse bedarf er überhaupt keiner Genehmigung. Will er jedoch eine Widerklage erheben (C.P.O. § 254), so muß er die Genehmigung einholen, entsprechend der P. §§ 158 Nr. 5, 222 Nr. 3, welche freilich präziser ausdrückte: „Anstellung von Klagen" und entsprechend der rationellen sachlichen Bedeutsamkeit der Handlung, wenn es sich darum handelt, ob der Verwalter ohne den Ausschuß einen prozessualischen Angriff beginnen kann. Unzweifelhaft hat die Erhebung einer Widerklage wegen 100,000 Mark kein geringeres Recht auf die Berücksichtigung des Ausschusses, als die Erhebung einer Klage wegen 310 Mark. Unter diesen Umständen kann auf den Wortausdruck, daß durch die Widerklage nicht ein Prozeß, sondern ein Anspruch anhängig gemacht wird, kein Gewicht gelegt werden, v. Sarwey S. 544; Stieglitz S. 509; a.M. Petersen S. 389. — Die Bemerkung der Mot. 354: es seien nur Prozesse zu verstehen, „welche die Aktivmasse betreffen", ist nicht ganz korrekt. Will der Verwalter mit Rücksicht auf § 134 Abs. 6 oder etwa nach C.P.O. § 231 einen Prozeß anstrengen, welcher die Passivmasse betrifft, so bedarf er der Genehmigung. Daß die Ueberschrift dieses Titels nur auf die Aktivmasse verweise, wie Hullmann S. 266 geltend macht, kann nicht entscheidend sein, da durch jedes prozessualische Beginnen zugleich eine Schmälerung der Aktivmasse mit Bezug auf die Kostenpflicht in Frage gestellt wird und da im § 121 offenbar ex professo abgehandelt werden soll, zu welchen Akten überhaupt der Verwalter die Genehmigung des Ausschusses einholen soll, ohne Unterscheidung, ob sie die Aktiv- oder die Passivmasse betreffen, wie auch die folgenden Rubriken, betreffend Aufnahme von Prozessen, Vergleiche, Anerkennung von Ansprüchen bestätigen. — Um einen (etwa zweifelhaften) Prozeß nicht anzustrengen, ist eine Genehmigung nicht nöthig; sie kann nur nöthig werden, wenn dadurch zugleich ein anderer der in Nr. 2 erwähnten Akte ausgeführt (z. B. ein Masseanspruch anerkannt) wird. Prot. 87, 88.

Im Prozesse hat der Verwalter die Stellung eines gesetzlichen Vertreters im Sinne der C.P.O. §§ 50, 435, 439 zufolge der in Anm. 2 zu I. Tit. 1. und Anm. 3 zu § 5 entwickelten Grundsätze. Die von ihm vertretene Partei im Sinne des § 435 C.P.O. (hinsichtlich der Zulässigkeit der Zuschiebung und Zurückschiebung von Eiden) ist der G.-Schuldner, dessen Verwaltungs- und Verfügungsrecht er ausübt (§ 5); es sind nicht die K.Gläubiger, wenngleich er das Verwaltungsrecht im gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger auszuüben hat. Im Anwaltsprozesse muß der Verwalter, wie jeder gesetzliche Vertreter, sich durch einen zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, C.P.O. § 74. Seine Legitimation als gesetzlicher Vertreter hat der Prozeßrichter von Amtswegen zu prüfen, C.P.O. § 54. Sie ist durch die Bestallung (§ 73) nachzuweisen, wenn sie nicht notorisch ist bez. Zweifel obwalten. Ueber die Frage, ob dem Prozeßgerichte die im § 121 Nr. 2 erforderte Genehmigung des etwaigen Ausschusses einzureichen ist, vgl. Anm. 2 zu § 124.

6) Die Ablehnung der Aufnahme von Prozessen bezieht sich sowohl auf die für, als die gegen den G.Schuldner angestrengten, wenn sie die K.Masse betreffen. §§ 8, 9, C.P.O. § 218. Der Grund für das Erfordern der Genehmigung des Ausschusses liegt darin, daß durch den Verzicht auf Prozeßrechte (§ 8) oder durch Anerkennung gegnerischer Ansprüche (§ 9) eine Schmälerung der Masse bewirkt werden kann. In Betreff des Nachweises der Genehmigung beim Prozeßgerichte vgl. Anm. 2 zu § 124.

7) Für das Erfordern der Genehmigung zum Abschließen von Vergleichen, Schiedsverträgen, Anerkennen von Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseansprüchen (d. h. Ansprüchen gegen die Masse entsprechend dem § 9, vgl. Vorb. vor § 50) und zur Einlösung von Pfandstücken, welche stets eine Anerkennung eines Absonderungs-Anspruchs enthält, liegt auch hier der Grund darin, daß stets eine Schmälerung der Aktivmasse in Frage steht. Mot. 354. Nicht nur eine ausdrückliche Erklärung des Anerkenntnisses, sondern auch das thatsächliche Anerkenntniß, namentlich auch dasjenige, welches durch Unterlassung eines Widerspruchs im gerichtlichen Verfahren erfolgt, unterliegt der Nothwendigkeit der Genehmigung.

8) Unter der Veräußerung einer Forderung ist nicht eine bei der Einziehung geschäftsübliche bez. nothwendige Weiterbegebung verstanden, so z. B. nicht die hinsichtlich einer bezahlten Hypothekenforderung statt der Quittung (ohne Gewährleistung) erklärte Cession, welche der zahlende Eigenthümer nach § 63 des preuß. Eigenth.-Ges. v. 5. Mai 1872 verlangen kann; auch nicht eine behufs Einziehung eines Wechsels an anderen Orten erfolgte Begebung. Dagegen ist für jede von der gewöhnlichen Verwerthung und Einziehung der Forderung abweichende Art der Verwerthung (für einen meistbietenden wie freihändigen Verkauf) die Genehmigung einzuholen. Dies bezieht sich auch auf den Fall, wenn namentlich bei Beendigung des Konkurses Forderungen, welche sonst nicht sachgemäß zu verwerthen sind, etwa an einzelne Gläubiger veräußert werden sollen. Mot. 354, 355.

9) Um das Erfordern der Genehmigung für eine der Handlungen zu Nr. 2 nöthig zu machen, muß es sich um einen „Werthgegenstand" von mehr als 300 Mark handeln. Der Nominalwerth z. B. von Forderungen, Aktien u. s. w. ist nicht entscheidend und kann höher sein, ohne die Anwendung des § 121 zu bedingen. Bestimmend ist der Werth und zwar zur Zeit der beabsichtigten bez. erfolgten Handlung. Im Streitfalle bei Inanspruchnahme des Verwalters, welcher ohne Genehmigung gehandelt hat, Anm. 2 zu § 124, hat das Prozeßgericht über den Werth zu entscheiden.

§ 122.

Der Verwalter hat die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen:[1]

1. wenn ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand, oder das Geschäft des Gemeinschuldners im Ganzen, oder das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte veräußert werden soll;[2]
2. wenn Erbschaften oder Vermächtnisse für die Masse aufgegeben,[3] oder wenn Darlehen aufgenommen, fremde Verbindlichkeiten übernommen, zur Masse gehörige Gegenstände verpfändet, oder Grundstücke erstanden werden sollen.[4]

E. I. 134. P. 157.—159. 222. 223. 256. 264. 273. ff.

1) Der § 122 zeichnet Verwaltungsgeschäfte aus, bei welchen der Gesichtspunkt überwiegt, daß der Verwalter nicht allein ohne Genehmigung der Gläubiger bez. ihrer Ver-

tretung disponiren soll; für welche daher, wenn ein Ausschuß nicht bestellt ist, der Verwalter die Genehmigung einer G.Versammlung einholen muß. Mot. 354. Auch die G.Versammlung kann ihre Genehmigung zu diesen Geschäften oder zu einzelnen Klassen generell ertheilen, und ebenso mag der Verwalter in dringenden Fällen auf seine Verantwortung handeln und erst nach Vornahme der Handlung die Genehmigung einholen. Mot. 356. Auch für § 122 ist hinsichtlich des Verhältnisses zu Dritten auf § 124 aufmerksam zu machen und finden die Bemerkungen in Anm. 2 zu § 121 auch hier Anwendung. Ohne Antrag des Verwalters hat daher das Gericht zum Zwecke des § 122 eine Generalversammlung nicht zu berufen. Die Beschlüsse der Versammlung unterliegen dem im § 91 festgesetzten Veto des K.Gerichts.

2) Zu Nr. 1. Unter Nr. 1 ist die Einholung der Genehmigung für drei Klassen von Veräußerungen bestimmt: a. Veräußerung von unbeweglichen Gegenständen aus freier Hand. Der einer Genehmigung nicht bedürfende Gegensatz zur freien Hand ist die Zwangsversteigerung, vgl. § 116, Mot. 355; v. Sarwey S. 532, — nicht mit Petersen S. 390, 391 jede öffentliche Versteigerung, welche vom Verwalter mit entsprechender Genehmigung immerhin veranlaßt werden mag, indeß von ihm nebst den seinerseits bestimmten oder mit Anderen (Hypothekengläubigern) vereinbarten Bedingungen veranlaßt, nach Form und Wirkung stets ein freihändiger Verkauf bleibt, sofern sie nicht als Zwangsversteigerung vom Verwalter nach § 116 oder von Absonderungsberechtigten auf Grund ihrer Rechte beantragt wird. Die Veräußerung beweglicher Zubehörstücke eines Immobile z. B. von Erntevorräthen, Inventarienstücken, soll offenbar vom § 122 nicht betroffen werden. v. Völderndorff II S. 283. Der Begriff der Veräußerung umfaßt, der gemeinrechtlichen Bedeutung entsprechend, jede Entäußerung, auch die Bestellung von Servituten (Nießbrauch). Die Aufnahme von Hypothekenkapitalien ist unter Nr. 2 besonders behandelt.

b. Veräußerung des „Geschäfts im Ganzen." Den einer Genehmigung nicht bedürfenden Gegensatz bilden die Fortführung des Geschäfts durch eine der bisherigen Führung entsprechende Verwerthung im Einzelnen (Anm. 3 zu § 121); sowie ein Ausverkauf im Einzelnen. Mot. 355. Eine Veräußerung des Geschäfts im Ganzen wird dagegen nicht nur dann anzunehmen sein, wenn alle Aktiva und Passiva bez. die Firma, das zum Geschäft gehörige Recht mit übergehen, sondern auch wenn das gesammte Waarenlager als Ganzes veräußert wird. Die Ausschließung vereinzelter Theile des Geschäfts kann den Charakter des Verkaufs im Ganzen nicht ändern. A.M. v. Völderndorff II. S. 285.

c. Veräußerung des Rechts auf wiederkehrende Einkünfte. Die Veräußerlichkeit für ein solches Recht auf den Bezug von Einkünften setzt voraus, daß das Recht selbst zu dem bereits zur Zeit der K.Eröffnung erworbenen Vermögen des G.Schuldners und damit zur K.Masse nach § 1 gehört, und ferner, daß es nicht unlösbar an die Person des G.Schuldners gebunden ist, sondern der Zwangsvollstreckung (§ 1, C.P.O. §§ 733, 754) unterliegt (Mot. 355), wie letzteres z. B. für die Leibrente nach preuß. A.L.R. I. 11 § 646 der Fall ist. Der § 122 Nr. 1 umfaßt nicht blos die im § 63 erwähnten wiederkehrenden Hebungen bestimmten Betrages und bestimmter Zeitdauer, sondern auch das nach § 62 zu behandelnde Recht auf Hebungen unbestimmter Dauer oder unbestimmten Betrages, Anm. 2 zu § 62.

3) Zu Nr. 2. Aufgeben von Erbschaften und Vermächtnissen. Vorausgesetzt ist, daß nach dem bürgerlichen Rechte der G.Schuldner schon vor der K.Eröffnung das Recht auf die Erbschaft bez. das Vermächtniß erworben hat und daß es sich um die Aufgebung dieses Rechts handelt. Einbegriffen ist unter Nr. 2 auch das Aufgeben einer bereits angetretenen Erbschaft, soweit nach bürgerlichem Rechte das Aufgeben einer solchen zulässig und nicht an die Person des G.Schuldners gebunden ist, sondern der

Disposition des K.Verwalters anheimfällt. Vgl. Anm. 1 IV. zu § 1. Stieglitz S. 511; v. Völdernborff I. S. 206. Will der Verwalter eine Erbschaft nicht aufgeben, so bedarf er hierfür keiner Genehmigung; er hat indeß bei eigener Verantwortung (§ 74) die Verpflichtung, die Rechtswohlthat des Inventars zu wahren, soweit dazu nicht schon die Frist verstrichen ist. Mot. 355. Anm. 3 zu § 5.

4) Ueber die Zulässigkeit der unter Nr. 2 vermerkten Geschäfte: Darlehne, Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, Verpfändungen, Erstehen von Grundstücken, und über die Feststellung des Kausalzusammenhangs mit der K.Masse vgl. Anm. 3 zu § 5. Unter dem „Erstehen" von Grundstücken ist der Erwerb nicht nur in öffentlicher Versteigerung, sondern auch durch sonstigen freiwilligen Vertrag einbegriffen. v. Völdernborff II. S. 290.

§ 123.

Der Verwalter hat in den Fällen der §§ 121, 122 vor der Beschlußfassung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, und in den Fällen des § 121, wenn ein Gläubigerausschuß nicht bestellt ist, vor der Vornahme der Rechtshandlung dem Gemeinschuldner, sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist, von der beabsichtigten Maßregel Mittheilung zu machen.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, sofern nicht die Gläubigerversammlung die Genehmigung ertheilt hat, die Vornahme der Rechtshandlung vorläufig untersagen und zur Beschlußfassung über die Vornahme eine Gläubigerversammlung berufen.[1)]

E. I. 135. P. 160.

1) Durch den § 123 soll dem G.Schuldner ein Schutz gegen übereilte Maßregeln des Verwalters und des Ausschusses gegeben werden. Der Schutz besteht nur darin, daß das Gericht die Vornahme einer, in den §§ 121, 122 bezeichneten, beabsichtigten Maßregel untersagen kann, bis eine (zu berufende) Gläubigerversammlung hierüber beschlossen hat. Das Gericht hat nur die Befugniß, vorläufig zu untersagen und zugleich die G.Versammluug zu berufen; es kann sich nicht auf die Untersagung beschränken. Vgl. die Redaktion in § 15 Abs. 1. Gegen einen Beschluß der G.Versammlung ist dem G.Schuldner kein Schutz und kein Recht auf Gehör im K.Verfahren gegeben; das definitive Veto des Gerichts gemäß § 91 kann nur vom Verwalter oder einem Gläubiger angerufen werden, nicht vom G.Schuldner. Die K.O. geht davon aus, daß durch die Gläubiger die Interessen des G.Schuldners, soweit sie im K.Verfahren berechtigt sind, als identisch mit vertreten werden. Abs. 2 findet daher keine Anwendung, sobald die G.Versammlung genehmigt hat. Dagegen bezieht sich die nach Abs. 2 zulässige vorläufige Untersagung auch darauf, daß dem Ausschusse und dessen etwaiger Genehmigung gegenüber die Vornahme der Handlung untersagt wird; der G.Schuldner kann auch von dem Beschlusse des Ausschusses vermittelst des § 123 auf den Beschluß der Versammlung provociren. Mot. 357. Eine Einschränkung des Rechts des G.Schuldners hinsichtlich des § 121 Nr. 1 enthält der § 164 Abs. 2.

Die Mittheilung des Verwalters an den G.Schuldner kann formlos, mündlich oder schriftlich erfolgen, vgl. § 69 Abs. 2. Die Einschränkung: sofern der G.Schuldner ohne Aufschub zu erlangen ist, bedeutet cum grano salis, wie im § 113 Abs. 1, sofern das Abwarten seiner Kenntnißnahme und Erklärung keine sachlichen Nachtheile verursacht. Wird vom Gerichte ein Antrag des G.Schuldners auf vorläufige Untersagung abgelehnt, so steht dagegen dem G.Schuldner die Beschwerde zu; der Verwalter hat gegen eine vor-

läufige Untersagung die Beschwerde, § 66. Haben der Verwalter und bez. der Ausschuß ohne vorgängige Benachrichtigung des G.Schuldners eine Handlung schon ausgeführt oder genehmigt, so hat dies nur einen Einfluß auf die Verantwortlichkeit dem G.Schuldner gegenüber (vgl. §§ 124, 74, 81), und auch diese wird beseitigt, wenn eine G.Versammlung unter Zuziehung des darin zum Gehör zu verstattenden G.Schuldners die Handlung genehmigt bez. erklärt, daß sie dieselbe, wenn vorher berufen, genehmigt haben würde.

§ 124.

Durch die Vorschriften der §§ 121—123[1] wird die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber nicht berührt.[2]

E. I. 133. 134.

1) Im E. I. §§ 133, 134 war im ordentlichen K.Verfahren für die in den §§ 121, 122 bezeichneten Handlungen nur die Genehmigung des (nach E. I. dann obligatorisch zu wählenden) Ausschusses, erfordert. Im abgekürzten Gemeinschuldverfahren sollte die Wahl eines Ausschusses unterbleiben können und sollten dann die im § 122 jetzt bezeichneten Handlungen dem Beschlusse der K.Gläubiger unterliegen. E. I. §§ 214, 215. Diese für ein abgekürztes Verfahren projektirte Regelung ist in der K.O. für alle Konkurse anwendbar erklärt. Vorb. 4 vor § 64. — Im E. I. war indeß noch ein anderer Unterschied gemacht. Die Beschränkung für die Fälle des § 121 Nr. 1 war nur für den inneren Geschäftsgang vorgeschrieben: „Der Verwalter hat die Genehmigung einzuholen." Für die Fälle der §§ 121 Nr. 2, 122 sollte dagegen die Gültigkeit der Rechtshandlung selbst von der Genehmigung abhängen: „Zur Gültigkeit der Rechtshandlung bedarf es der Zustimmung." Der E. hatte die letztere Ausdehnung für alle Handlungen beseitigt, und in seinem unmittelbar hinter § 122 folgenden § 123 bestimmt: „Dritten Personen gegenüber ist die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters von der Genehmigung des G.Ausschusses oder der G.Versammlung nicht abhängig." Die R.K. stellte den jetzigen § 123 (im E. § 125) an seine Stelle und beschloß auf Anregung des Reg.-Vertreters Hagens in Uebereinstimmung mit den Mot. 357 dem jetzigen § 124 seine zeitige Fassung zu geben, um auch die Wirkungen des § 123 mit zu umfassen. Prot. 90, 170, 171.

2) Die §§ 121—123 sind nur „Kautelen für den inneren Geschäftsgang." Sie „sollen nicht nach außen wirken. Ihre Nichtbeachtung begründet eine Verantwortlichkeit des Verwalters, soll aber die Gültigkeit der von ihm vorgenommenen Rechtshandlung und die Wirksamkeit als Masseschuld dem Dritten gegenüber in keiner Weise beeinträchtigen. Der Verwalter ist nach außen der gesetzliche Disponent, § 5." Dem Publikum soll nicht zugemuthet werden, zu prüfen, ob ein Ausschuß bestellt, eine G.Versammlung vorschriftsmäßig berufen ist, ob diese ordnungsmäßig beschlossen haben und das Rechtsgeschäft zu einer oder der anderen Kategorie gehört. Mot. 356. Nach Analogie des H.G. Art. 43, 116, 138, 231 u. a. O. und der C.P.O. §§ 79, 80 betreffen die §§ 121 bis 123 nur das Verhältniß zwischen dem Verwalter, dem Ausschusse und der G.Versammlung bez. die Verantwortlichkeit des Verwalters gegenüber dem G.Schuldner und den K.Gläubigern, nicht die Rechtsverbindlichkeit seiner Handlungen für den G.Schuldner. Gegen die Gültigkeit der Rechtshandlung können weder der Verwalter, noch der G.Schuldner, noch die Gläubiger, noch ein Dritter Einwand erheben; wenngleich der Verwalter ohne die erforderliche Genehmigung gehandelt hat. Der Verwalter bedarf zu seiner Legitimation nur seiner Bestallung, § 73. Einem Dritten gegenüber braucht der Verwalter also die Ertheilung der Genehmigung gemäß §§ 121, 122, nicht nachzuweisen. Vgl. Anm. 3 zu § 5. Mit Rücksicht auf die positive Vorschrift des § 124 ist auch die

Kenntniß des Dritten, daß für den Konkurs ein Ausschuß bestellt ist bez. daß dessen Genehmigung nicht eingeholt ist, der Gültigkeit der Handlung nicht hinderlich; abgesehen davon, daß durch dolus auch in dieser Beziehung Ansprüche begründet werden können. v. Völdernborff II. S. 295, 296. Ihre wesentliche Bedeutung behalten die Vorschriften der §§ 121—123, wenn es sich um einen Regreß der K.Gläubiger oder des G.Schuldners gegen den Verwalter, um die Rechnungslegung des Letzteren bez. um den von ihm aus der Masse verlangten Ersatz von Ausgaben für seine nicht genehmigten Rechtshandlungen handelt. Sofern der Verwalter bei seinen Rechtshandlungen, Verträgen, Vergleichen u. s. w. die Genehmigung des Ausschusses oder der G.Versammlung vorbehält, suspendirt dies natürlich als Bedingung auch dem Dritten gegenüber die Gültigkeit.

Aus diesem Verhältnisse gegenüber den Dritten folgt, daß auch den **Behörden**, für welche hinsichtlich der Rechtshandlungen der §§ 121, 122 das Rechtsverhältniß Dritten gegenüber zur Beurtheilung kommt, die Ertheilung der Genehmigung nicht nachgewiesen zu werden braucht. Die Rechtshandlungen des Verwalters sind auch ohne einen solchen Nachweis zu berücksichtigen. Das Grundbuchamt, welches nach § 46 der preuß. Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872 die „Rechtsgültigkeit" der Eintragungs- oder Löschungsbewilligung bez. Auflassung (ohne Prüfung der ihnen zu Grunde liegenden Geschäfte) zu prüfen hat, kann Eintragungen und Löschungen wegen fehlender Genehmigung nicht beanstanden. Prozeßgerichte und andere Behörden können für die Anerkennung von Aus-, Absonderungs- und Masse-Ansprüchen, den Abschluß von Vergleichen u. s. w. die Beibringung der Genehmigung nicht fordern.

Auch behufs der Legitimation zur **Prozeßführung** oder zur Aufnahme von Prozessen oder deren Ablehnung braucht der Verwalter dem Prozeßgerichte die Genehmigung nicht nachzuweisen. Nach C.P.O. §§ 54, 50 soll zwar das Prozeßgericht (außer der Legitimation des gesetzlichen Vertreters, K.O. § 73) auch die etwa erforderliche Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen prüfen. Indeß unter einer solchen Ermächtigung ist nur eine solche zu verstehen, welche nach dem bürgerlichen Rechte zur Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit der Prozeßführung für den Vertretenen seinem Gegner gegenüber nöthig ist. Eine solche im Sinne der C.P.O. §§ 50, 54 gemeinte Ermächtigung ist für den Verwalter durch den § 121 Nr. 2 nicht vorgeschrieben, sondern durch § 124 für unnöthig erklärt. Wenn schon dem Liquidator einer Handelsgesellschaft eine Einschränkung seiner gesetzlichen Befugnisse und abweichende Instruktionen nicht entgegengesetzt werden können (H.G. Art. 138; Entsch. O.H.G. 12, 216, 217), so spricht die ratio legis noch mehr hinsichtlich des K.Verwalters dafür, daß § 124 den Nachweis einer Ermächtigung für das Prozeßgericht ausschließt, für welches nur in Erwägung kommen kann, ob der Verwalter mit verbindlicher Kraft für den G.Schuldner, die Gläubiger bez. die Masse einerseits und für bez. gegen Dritte andererseits handeln kann. Der Verwalter hat in **dieser** Beziehung die dem Vorstande einer Aktiengesellschaft im H.G. Art. 227, 231 angewiesene Stellung.

§ 125.

Wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, und die Gläubigerversammlung nicht ein Anderes beschließt, bedürfen Quittungen des Verwalters über den Empfang von Geldern, Werthpapieren oder Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle und Anweisungen des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle zu ihrer Gültigkeit der Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses.[1)]

E. I. 136. 137. P. 161. 221. 244.

1) Die Beschränkung des § 125 bezieht sich nicht auf den Verkehr des Verwalters mit dem Publikum (Dritten), von welchem er nach § 107 unbeschränkt allein Gelder u. s. w.

in Empfang nehmen kann, sondern nur auf den Verkehr mit der nach §§ 118, 120 bestimmten Hinterlegungsstelle. Prot. 88. Die G.Versammlung kann diese Beschränkung ganz fallen lassen oder vermindern und sie findet überhaupt keine Anwendung, wenn ein G.Ausschuß nicht bestellt ist. Sofern jedoch § 125 maßgebend bleibt, wird die Hinterlegungsstelle gegenüber der K.Masse nur durch die Mitzeichnung eines Ausschußmitgliedes entlastet, da dieselbe zur Gültigkeit von Quittungen und Anweisungen des Verwalters gehört. Es ist daher Sache der Hinterlegungsstelle, sich zu überzeugen, ob ein Ausschuß bestellt ist. — Zu den Anweisungen gehören ihrer sachlichen Gleichbedeutung gemäß auch Wechsel, welche der Verwalter auf die Hinterlegungsstelle zieht.

Vierter Titel.

Schuldenmasse.

Dem Verfahren zur Feststellung der **Konkurs**-Forderungen sind im Wesentlichen die Grundsätze der preuß. K.O. v. 1855 zu Grunde gelegt, welche an das französische Recht verbessernd angelehnt, in den Mot. 357 als Glanzpunkte der P. und als vorzüglich bewährt bezeichnet werden, — mit Recht, sofern man nicht überhaupt von einer Betheiligung des Gerichts bei unstreitigen Feststellungen abstrahirt. Eine Präklusion findet, sowie nicht gegen Aus- und Absonderungsansprüche (I. Tit. 4, 5), so auch nicht gegen K.Forderungen statt. Ein Recht darauf ist für die zeitig anmeldenden Gläubiger nicht zu begründen. Sie können nur beanspruchen, daß das bereits im Konkurse Festgestellte, Beschlossene und Ausgeführte nicht durch die nachträglich hinzutretenden Gläubiger angefochten oder in Frage gestellt wird und daß die Kosten verspäteter Anmeldung nicht der K.Masse zur Last fallen. Eine gleichzeitige Feststellung aller Ansprüche und eine Klassifikation der angemeldeten Forderungen in einem einheitlichen Lokationserkenntnisse erfolgt nicht.

Bei der K.Eröffnung wird eine Anmeldungsfrist und ein späterer Prüfungstermin festgesetzt. In diesem Termine werden die zeitig angemeldeten, und sofern nichts dagegen eingewendet wird, auch die nachträglich gemeldeten Forderungen geprüft. Die vom Verwalter oder von anderen Gläubigern nicht bestrittenen gelten als festgestellt. Die vom Verwalter oder von einem Gläubiger bestrittenen gelten als streitig. Die streitigen werden für die Vertheilung nur berücksichtigt, wenn für dieselben ein vollstreckbarer Titel vorliegt oder der Gläubiger durch Prozeß die Feststellung bewirkt. Die Prozesse auf Feststellung sind nicht Theile des K.Verfahrens; es ist Sache der einzelnen Betheiligten, sie zu betreiben, ohne daß die Entscheidung über den einzelnen Anspruch auf die Entscheidung wegen anderer Forderungen zu warten braucht. Wenn der bestrittene Gläubiger vor einer Vertheilung, deren Bevorstehen der Verwalter den Gläubigern anzeigen soll, einen Prozeß anstellt bez. einen schon vorher anhängigen aufnimmt, so wird eine entsprechende Dividende für ihn zurückbehalten. Das Bestreiten einer Forderung seitens des G.Schuldners hat auf seine persönliche Verpflichtung, nicht aber auf die Betheiligung an der K.Masse Einfluß.

§ 126.

Die Frist zur Anmeldung der Konkursforderungen[1] beträgt drei Wochen bis drei Monate. Der Zeitraum zwischen dem Ablaufe der An-

meldefrist und dem allgemeinen Prüfungstermine[2] soll mindestens eine Woche und höchstens zwei Monate betragen.[3]

E. I. 138. P. 164—168.

1) Das Anmelde- und Prüfungsverfahren dient nur für die Konkursforderungen; andere gehören nicht in die Tabelle, § 133, Aussonderungs- oder Absonderungsberechtigte sowie Massegläubiger mögen ihre Rechte geltend machen, wann sie wollen, I. Tit. 4, 5, 7.

2) Abweichend von P. § 167 ist nur eine Anmeldungsfrist und ein „allgemeiner" Prüfungstermin vorgeschrieben. Die Folgen der Versäumung der Anmeldefrist bestehen darin, daß die später Anmeldenden kein Recht haben, ihre Forderungen im Prüfungstermine zur Prüfung gebracht zu verlangen, gemäß § 130 die Prüfung in einem besonderen Termine auf ihre Kosten zu erwarten haben und an Vertheilungen, welche etwa vor der Prüfung erfolgen, nicht Theil nehmen. Die Frist ist keine Nothfrist; es giebt also nach C.P.O. § 211 keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Frist. Für den Anmeldenden ist das wichtigste Moment natürlich der Endpunkt der Frist. Nach der namentlich in Preußen allgemeinen zweckmäßigen Praxis wird die Frist gewöhnlich durch den Ablauf eines bestimmten Tages als End-Zeitpunkt fixirt. Die Anmeldung kann indeß andrerseits sofort nach der K.Eröffnung erfolgen, Anm. 2 zu § 13, ohne daß abgewartet zu werden braucht, wann die Frist bekannt gemacht wird bez. in Folge der Bekanntmachung nach § 68 als für alle Betheiligte beginnend zu rechnen ist, um die im Satze des § 126 vorgeschriebene Dauer der Frist zu berechnen. Anm. 3. Vor der K.Eröffnung kann eine Anmeldung nicht erfolgen. Die vor der Eröffnung etwa als eventuelle vorgebrachten Anmeldungen, ebenso solche, welche im irrthümlichen Glauben der bereits erfolgten K.Eröffnung eingereicht werden, sind nicht zu berücksichtigen.

3) Die Mittheilung der Frist und des Prüfungstermins an die Betheiligten erfolgt durch öffentliche Bekanntmachung bez. besondere Zustellung nach den §§ 102, 108, 68, 69. — Die Vorschrift des ersten Satzes des § 126 über die Dauer der Anmeldefrist ist eine bestimmte; die Betheiligten haben ein Recht darauf, insbesondere also, daß sie mindestens drei Wochen dauern muß. Gegen eine in der Bekanntmachung (§ 102) liegende Entscheidung, welche eine kürzere Frist bestimmte, steht den Betheiligten das Recht der sofortigen Beschwerde zu, deren Fristbeginn durch § 68 Abs. 1 bestimmt wird. In dieser Beziehung ist für den Beginn der Frist der Zeitpunkt zu berücksichtigen, mit welchem nach § 68 die Bekanntmachung für bewirkt gilt. — Dagegen hat die Vorschrift des zweiten Satzes über die Zwischenzeit zwischen der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine nicht eine wesentliche, sondern nur eine instruktionelle, die Nichtbeachtung also nicht eine rechtsverletzende Bedeutung („soll", vgl. Mot. z. C.P.O. S. 22). — Die Anmeldefrist war im E. auf 1 bis 3 Monate und der Termin auf nicht über 2 Monate nach Ablauf der Anmeldefrist bestimmt. Die jetzige Vorschrift ist von der R.K. beschlossen, um für einfachere Fälle den Prüfungstermin mit dem ersten (Wahl-) Termine nach § 102 Abs. 2 verbinden zu können. Prot. 171, 172.

§ 127.

Die Anmeldung[1] hat die Angabe des Betrages und des Grundes der Forderung[2] sowie des beanspruchten Vorrechts[3] zu enthalten.[4] Sie kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden.[5] Die urkundlichen Beweisstücke oder eine Abschrift derselben sind beizufügen.

E. I. 139. P. 169.

1) Das Feststellungsverfahren der K.O. ist seinem eigentlichen Wesen nach ein außerordentliches Prozeßverfahren, welches zur urtheilsmäßigen Festsetzung der Rechte

der K.Gläubiger hinsichtlich ihrer Theilnahme an der K.Masse führen soll; vgl. Vorbem. zu Buch I. Das Verfahren erfolgt in seinem Anfange und seinem Ende jedenfalls vor dem Konkursgerichte und kann als bestimmendes Moment für das Verfahren einen nicht vor dem K.Gerichte, sondern vor dem Prozeßgerichte zu verhandelnden förmlichen ordentlichen Civilprozeß in sich bergen und erfordern, um zu einem positiv oder negativ bestimmten Feststellungsbeschluß zu gelangen. Für das gesammte Feststellungsverfahren, sowie für die etwa durch dasselbe veranlaßten prozessualischen Streitigkeiten ist die Anmeldung der K.Forderung durch den K.Gläubiger die Grundlage. Nach der gesammten konsequenten Konstruktion des Feststellungsverfahrens in der K.O., nach dem Verhältnisse und den Wirkungen der Erklärungen der einzelnen Betheiligten ist die Anmeldung der Sache nach die Geltendmachung, der Antrag auf Gewährung desjenigen Vermögensanspruchs an den G.Schuldner, für welchen der Gläubiger seinen Konkursanspruch realisiren will, § 2, und zwar gemäß dem begrifflichen Verhältnisse des Fordernden zum Verpflichteten der gegen den G.Schuldner als solchen gerichteten Antrag auf entsprechende Gewährung aus der K.Masse. Dem Antrage steht als Betheiligter hauptsächlich der Verwalter gegenüber als Vertreter des G.Schuldners, gegen welchen der Antrag gerichtet ist, und zwar als Vertreter desselben hinsichtlich der K.Masse mit der Wirkung, daß seine Gegnerschaft, seine wirklichen oder fingirten Anerkenntnisse und die gegen ihn ergehenden Judikate ihre Wirkung an sich nur hinsichtlich der Masse, nicht gegen den G.Schuldner persönlich haben. Der grundsätzlichen Stellung des Verwalters gemäß hat er auch in dieser Funktion den G.Schuldner als redlichen, gesetzmäßig verfahrenden Schuldner und demgemäß zugleich im Interesse des K.Zwecks bez. aller K.Gläubiger zu vertreten. Rücksichtlich der Wirkung des Feststellungsverfahrens gegen den G.Schuldner nach dem Konkurse bez. in ferneres Vermögen desselben bleibt der G.Schuldner selbst Gegner des Anmeldenden, § 129. In allen Fällen bleibt dieselbe konkrete Klage bez. dasselbe Klagerecht, welches dem Gläubiger gegen den G.Schuldner zustehen würde, wenn kein Konkurs wäre (mit den Modifikationen aus den §§ 56—63) auch die Grundlage der Anmeldung und des daraus etwa resultirenden Rechtsstreits. Die einzelnen K.-Gläubiger, welche außer dem Verwalter berechtigt sind, der angemeldeten Forderung ebenfalls zu widersprechen, sind im Falle ihres Widerspruchs nicht insofern Gegner des Anmeldenden, daß dieser von ihnen etwas verlangen könnte oder wollte; auch ihnen gegenüber bleibt Grund und Gegenstand des Streits darin beruhen, ob der Anmeldende eine Forderung gegen den G.Schuldner hat. Der bestreitende Gläubiger übt bei seinem Bestreiten auf Grund der ihm selbst zustehenden Konkurs-Forderung ein eigenes Recht aus; er macht, wie Schultze d. Konkursr. in s. jurist. Grundl. S. 57 ff. richtig hervorhebt, den Konkursanspruch, an welchem er Theil hat, geltend, d. h. den Anspruch, daß nur die wirklich berechtigten K.Gläubiger ausschließlich Befriedigung aus der Masse fordern können. Der Sache nach ist daher der K.Gläubiger, welcher die Anmeldung eines Anderen bestreitet, ein Nebenintervenient des Verwalters im civilprozessualischen Sinne, wenn er auf Grund seines Rechts, welches ihm seine eigene Forderung giebt und des hierdurch begründeten rechtlichen Interesses dem Verwalter, als dem durch die Anmeldung sachlich in die Beklagtenstellung Versetzten zur Abwehr des Angriffs beitritt, C.P.O. § 63. Und weil, wenn dem Anmeldenden von keinem andern Gläubiger widersprochen wird, sondern nur vom Verwalter, seinem natürlichen Gegner und Beklagten, oder auch von diesem nicht, die zwischen dem Anmeldenden und dem Verwalter ergehende Entscheidung wegen der nothwendigen Einheitlichkeit des Resultats auf die Feststellung gegenüber allen K.Gläubigern von Wirksamkeit ist, §§ 133 Abs. 2, 135, so sind die einzelnen K.Gläubiger gemäß der Natur der Sache für das Feststellungsverfahren selbstberechtigte Nebenintervenienten im Sinne des § 66 C.P.O. mit dem Rechte selbständiger Streitgenossen und selbständiger Geltendmachung von Angriffs- und Ver-

theidigungsmitteln. Auch daß ein Gläubiger allein einer Anmeldung widersprechen kann, während der Verwalter sie nicht bestreitet, ist dieser Rechtsstellung sachlich nicht widersprechend, wie auch im gewöhnlichen Civilprozesse ein Beklagter (etwa Litisdenunziant) nicht selbst dem Klageantrage zu widersprechen braucht, um dem Nebenintervenienten den Widerspruch zu ermöglichen. Diesen juristischen Grundlagen entspricht auch das Feststellungsverfahren der K.O. Vgl. Anm. 1 zu § 123, Anm. 3 zu § 134.

Zweck desselben und der Anmeldung dazu ist die Betheiligung des Anmeldenden an der K.Masse. Das Mittel, mit welchem die K.O. das Recht zur Betheiligung an der Masse unmittelbar verbunden hat, ist die „Feststellung" der K.Forderung im technischen Sinne der K.O. Diese Feststellung, sachlich die Beurkundung der Vertheilungsberechtigung für die K.Forderung, ist daher der nächste durch oder ohne Prozeß zu erreichende Zweck der Anmeldung. Die K.O. verleiht indeß der Feststellung die unmittelbare Wirkung der entsprechenden Leistung aus der K.Masse, §§ 140 ff., und mißt ihr in Verbindung mit dem prozessualischen Verhalten des G.Schuldners selbst über den Konkurs hinaus unmittelbare Folgen bei, §§ 152, 179, 192. Diesem entsprechend ist daher die auf Feststellung gerichtete Klage, wenn eine solche nöthig, nicht blos eine Feststellungsklage im Sinne des § 231 C.P.O., deren Urtheil nur prinzipiell ohne unmittelbar praktische Folgen über ein Rechtsverhältniß entscheiden soll, sondern ihr Resultat ist zugleich praktisch vollstreckbar und vermöge der kraft Gesetzes mit der Feststellung verbundenen Wirkung auf Leistung aus der K.Masse und unter Umständen auch auf Leistung darüber hinaus gerichtet. Dahin zielt direkt die gegen den Verwalter als Vertreter des G.Schuldners gerichtete Anmeldung und Feststellungsklage; während die Klage gegen den bestreitenden Gläubiger, falls der Verwalter selbst keinen Widerspruch entgegensetzt, als eigentliche Klage zur Feststellung eines Rechtsverhältnisses (C.P.O. § 231) durch diese Feststellung ein sonst dem Betheiligungsrecht gesetzlich entgegenstehendes Hinderniß beseitigen soll.

2) Der Wichtigkeit der Anmeldung als Grundlage des Feststellungsverfahrens entsprechend bestimmt Satz 1 des § 126 den wesentlichen Inhalt der Anmeldung. Sie „hat zu enthalten" die Angabe a. des Betrages der Forderung, b. des Grundes derselben und c. des beanspruchten Vorrechts. Das Fehlen der Angabe des verlangten Vorrechts beseitigt indeß noch nicht begrifflich die Existenz einer K.Forderung, sondern nur die einer bevorrechtigten Forderung, und hat daher auch nur die Nichtberücksichtigung eines Vorrechts zur Folge. Dagegen ist die Angabe von Grund und Betrag so nothwendig, daß eine solche Anmeldung ohne solche gar nicht als Anmeldung anzusehen, nicht in die Tabelle einzutragen und nicht zur Prüfung zu bringen ist. Die Wesentlichkeit von Grund und Betrag hat hier für den Konkurs die Bedeutung, welche für den Civilprozeß die Angabe des Gegenstandes und Grundes des Anspruchs und der Antrag in der Klage nach C.P.O. § 230 haben. Vgl. § 130 Abs. 2 und § 134 Abs. 3 und Anm. dazu.

In Betreff des Betrages ist zu berücksichtigen, daß nach § 62 jede K.Forderung nur in einer bestimmten Geldsumme nach Reichswährung geltend gemacht werden kann. Die Angabe ist für die Anmeldung wesentlich, anderenfalls gilt die Forderung nicht als angemeldet und kann nicht auf Prüfung Anspruch machen. Auch Kosten und Zinsen, welche mit gefordert werden, sind in bestimmten Summen anzugeben.

Die Angabe des Grundes der Forderung ist ebenso wesentlich, wie die des Betrages. Der Grund kann bei prozessualischer Verfolgung nicht geändert werden, § 134 Abs. 4, und ist auch in Betreff der Frage bestimmend, für welchen Anspruch die Verjährung durch die Anmeldung unterbrochen wird. § 13 E.G., § 3 Abs. 3. Der Grund ist, was für den Fall der Klage als Klagegrund geltend zu machen ist, C.P.O. §§ 230

Nr. 2, 240. Dazu gehören die Thatsachen, welche den erhobenen Anspruch dieses bestimmten Gläubigers gegen den G.Schuldner rechtfertigen sollen bez. welche „an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Gläubigers entstanden und zugleich als durch den G.Schuldner verletzt erscheinen zu lassen", sofern sich nicht der Nachweis einer Verletzung seitens des G.Schuldners für den Konkurs durch die Vorschriften der §§ 58 ff. erübrigt. Der Grund umfaßt also auch die Sachlegitimation und den Entstehungsgrund des Rechts. Wetzell Proz. 3. Aufl. S. 142—156. Obertrib.=Entsch. 77, 108. Was hierzu nöthig ist, entscheidet das materielle Recht.

3) Ein nicht angemeldetes Vorrecht ist von Amtswegen nicht zu berücksichtigen. Mot. 359, 360. Dies folgt aus Satz 1, welcher für den Anmeldenden deutlich ein Vorrecht nur in Aussicht giebt, wenn es beansprucht und in der Anmeldung angegeben ist. Mit v. Völderndorff II. S. 308, 309 das Anmelden des Vorrechts als eine unnütze Formalität zu bezeichnen, und das Vorrecht als verlangt anzunehmen, wenn das Sachverhältniß ein Vorrecht als begründet ergebe, würde ohne Grund und gegen Sinn und Willen des Gesetzes, dessen ohnehin knapp redigirten Vorschriften nirgends als unnütz anzusehen sind, ein Offizialverfahren einführen, wo ein solches nicht vorgeschrieben, sondern für die Grundlage der Rechtsstellung der Betheiligten ausgeschlossen ist.

4) Eine nach der Anmeldung erfolgende Ergänzung oder Aenderung hinsichtlich des nach Satz 1 wesentlichen Inhalts: Grund, Betrag, Vorrecht, ist wegen dieses Charakters der Erfordernisse als neue Anmeldung anzusehn und demgemäß nach § 130 Abs. 2 zu behandeln. Außer diesen nothwendigen Erfordernissen folgt es aus dem Begriffe und entspricht dem § 230 C.P.O. (Nr. 1 und 3 bez. „Antrag"), daß die Erklärung, um eine Anmeldung einer K.Forderung zu sein, und als solche behandelt zu werden, die Bezeichnung des anmeldenden Gläubigers, des in Anspruch genommenen G.Schuldners bez. seiner Masse und die Absicht zu erkennen geben muß, als K.Gläubiger wegen der angemeldeten Forderung betheiligt zu werden. Eine Verpflichtung für das Gericht, auf Unvollständigkeiten aufmerksam zu machen oder ungenügende Anmeldungen zur Ergänzung zurückzugeben, besteht nicht. — Für den übrigen, nicht unbedingt wesentlichen Inhalt der Anmeldung sind die Vorschriften der C.P.O § 121 Nr. 1, 5, 6 über vorbereitende Schriftsätze entsprechend anwendbar. Im eigenen Interesse des Anmeldenden ist insbesondere auch die Wohnungsangabe rathsam; die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten kann zweckmäßig werden; die Vorschriften der C.P.O. §§ 160, 161 sind für die an einzelne Gläubiger nothwendige Zustellung von Entscheidungen entsprechend anwendbar.

5) Die Form der Anmeldung: schriftliche Einreichung oder Anbringung zum Protokolle des Gerichtsschreibers, entspricht der amtsgerichtlichen Klageform, C.P.O. § 457. Anwaltszwang findet für die Anmeldung, wie für den Prüfungstermin und überhaupt im amtsgerichtlichen K.Verfahren nicht statt, C.P.O. § 74. Die Unterschrift für die schriftlich eingereichte Anmeldung bedarf keiner Beglaubigung, und es dürfte auch für die Unterschrift der Partei gemäß C.P.O. § 121 Nr. 6 nicht ein unbedingtes Erforderniß sein, daß die Partei eigenhändig ihre Namensunterschrift geleistet hat, sofern sie dieselbe genehmigt hat. Diesem entsprechend ist auch in einer telegraphischen Anmeldung eine schriftlich eingereichte enthalten. Stieglitz S. 518; v. Völderndorff II. S. 310.

Der Tag der Niederlegung bez. Protokollirung beim Gerichte ist der Zeitmoment, in welchem die Anmeldung erfolgt ist. Er entscheidet, ob die Anmeldefrist des § 126 versäumt ist, bez. die Folgen des § 130 eintreten, so wie wann eine Verjährung unterbrochen wird, § 13. Der Tag ist daher auf der Anmeldung zu vermerken.

§ 128.

Die Anmeldungen sind in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.[1]

Der Gerichtsschreiber hat jede Forderung sofort nach der Anmeldung derselben in der Rangordnung des beanspruchten Vorrechts in eine Tabelle[2] einzutragen, welche innerhalb des ersten Drittheils des zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegenden Zeitraums auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen und abschriftlich dem Verwalter mitzutheilen ist.[3]

E. I. 140. P. 170.

1) Der Verwalter bekommt ebenfalls keine Abschrift und muß sich durch Einsicht in der Gerichtsschreiberei und durch die abschriftliche Mittheilung der Tabelle (Abs. 2) informiren. Die im E. I. § 140 enthaltene Bestimmung, daß die Anmeldungen „ohne Verzug abschriftlich dem Verwalter mitzutheilen" sind, ist von der Vork. gestrichen. Nach den Mot. 361 und nach den Bemerkungen des Regierungsvertreters auf die in der R.K. erhobenen Bedenken (Prot. 91) wird ein unverhältnißmäßiges Schreibwerk gefürchtet; die Abschrift der Tabelle, welche Betrag, Grund und Vorrecht enthalte, genüge; die Details könne der Gläubiger ohnehin modifiziren; sofern es im einzelnen Falle nöthig sei, könne der Verwalter Abschrift auf Kosten der Masse fordern. Die Stellung des Verwalters ist hierdurch in beklagenswerther Weise erschwert. Es konnte füglich die Vorschrift des P. § 170 beibehalten werden, daß den schriftlichen Anmeldungen Duplikate beizufügen sind; erfahrungsmäßig wurden nach der preuß. Praxis unter hunderten von Anmeldungen kaum einige zu Protokoll erklärt, und bei Weitem die meisten schriftlich eingereicht. Das Schreibwerk des Gerichts ist daher unverhältnißmäßig gering. Aber selbst wenn es äußerst erheblich wäre, wird in den angedeuteten Hülfsmitteln der Werth der Abschrift für den Verwalter und für dessen Thätigkeit behufs der Prüfung im höchsten Grade unterschätzt. Das Erfordern von Abschriften verursacht im besten Falle mindestens einen kostbaren Zeitverlust. Er kann unmöglich alle Informationsmittel (Geschäftsbücher, Akten, G.Schuldner) zur Gerichtsschreiberei bringen, um dort bei Einsicht der Anmeldungen dieselben sachlich zu prüfen. Stimmen Grund und Betrag nicht bis auf den Pfennig genau mit der Information des Verwalters überein, so ist nur durch genaue Vergleichung die Ursache der Differenz aufzuklären. Der Verwalter wird genau die Anmeldungen excerpiren müssen und statt der Kräfte eines einfachen Schreibers dessen Arbeit größtentheils selbst zu übernehmen haben. Der knappe Inhalt reicht in den seltensten Fällen aus. Die Möglichkeit, dem anmeldenden Gläubiger gegen spätere Aenderungen seine eigenen Anmeldungs-Geständnisse über einen andern Sachverhalt entgegenzuhalten und die erfahrungsmäßige häufige Nothwendigkeit, mit Rücksicht auf andere mit der Forderung in Verbindung stehende Verhältnisse den Inhalt und Wortlaut der Anmeldung gegenwärtig zu haben, werden in unberechenbarer Weise verkümmert. Dabei verringert die beabsichtigte Kürze der Frist zwischen dem Ende der Anmeldungsfrist und dem Prüfungstermine (Anm. 3 zu § 126) die Möglichkeit einer Hülfe, welche durch das Erbitten von Abschriften gewährt werden könnte. Diese Rücksichtslosigkeit gegen den Verwalter ist eine bedauerliche Verschlechterung der preuß. K.O. Während nach dem englischen Verfahren das K.Gericht sich mit der Anmeldung gar nicht befaßt und auch nach dem Code de comm. die Anmeldungen dem Verwalter und nicht dem Gerichte gemacht werden, ist der Verwalter hier ungeachtet des „Prinzips" der Selbstthätigkeit der Betheiligten soweit zurückgedrängt, daß er nur fragmentarische Kenntniß erhält. Die Praxis hat auch seit der Einführung der K.O., wie die frühere nach der P. gezeigt, daß die Be-

zeichnung des Rechtsgrundes in der Tabelle in vielen Fällen unzuverlässig und ungenau, und aus der Anmeldung selbst zu verbessern ist. Ebenso hat die Praxis seit der Geltung der K.O. für die Verwalter und deren Anwälte schmerzlich das häufige Bedürfniß gezeigt, aus den Gerichtsakten in kürzester Frist unter den erschwerendsten Umständen während eines Prozesses über eine streitige Anmeldung Information über deren Wortlaut zu entnehmen.

2) Für die Anlegung der Tabelle, welche „als urkundliche Basis für das ganze weitere Verfahren zu dienen und namentlich auch einen besonderen Theilungsplan überflüssig zu machen bestimmt ist" (vgl. § 147), machen die Mot. 360 mit Recht auf „das bewährte und auch in Oesterreich adoptirte Formular der preuß. Instruktion v. 6. August 1855" aufmerksam (Just.=Min.=Bl. S. 259 ff.). Dasselbe enthält in zwei Abtheilungen für die bevorrechtigten und für die nicht bevorrechtigten Forderuugen, in neben einander stehenden Kolonnen folgende Rubriken: 1) Laufende Nummer, 2) Stand, Name und Wohnort des Gläubigers, 3) Bezeichnung des Bevollmächtigten und Hinweis auf die Vollmacht desselben, 4) Tag des Eingangs, der Bewirkung der Anmeldung, 5) Angemeldeter Betrag, 6) Bezeichnung des Rechtsgrundes (Schuldgrundes) der Forderung und Angabe der Beweisurkunden, 7) beanspruchtes Vorrecht, 8) Resultat der Prüfungsverhandlung, 9) Bemerkungen. In der Rubrik: Bemerkungen würden insbesondere auch die Erklärungen des G.Schuldners (§ 129), Vermerke über Umstände, welche eine Zurückbehaltung der Antheile bedingen (§ 155, vgl. Anm. 3 zu § 60, also namentlich über schwebende Prozesse, Entscheidungen über streitige Forderungen, über die Bedingungen, von welchen die Berücksichtigung einer zugleich absonderungsberechtigten Forderung abhängt, und über den Einfluß einer Bedingung bez. das Verlangen oder Anbieten einer Sicherheit bei bedingten Forderungen) ferner Festsetzungen über das Stimmrecht streitig gebliebener Forderungen (§ 87) einzutragen sein.

Den Erfordernissen des § 127 entsprechend sind in der Tabelle Erklärungen nicht einzutragen, welche Betrag oder Grund der Forderung, Bezeichnung des Gläubigers oder des G.Schuldners nicht enthalten, oder nicht erkennen lassen, daß der Betheiligte als Gläubiger im Konkurse auftreten will; vgl. Anm. 2, 4 zu § 127; ebenso nicht Anmeldungen, welche schon vor der K.Eröffnung eingegangen sind, Anm. 2 zu § 126. — Für die Anmeldungen der bevorrechtigten Gläubiger sind sachgemäß in der Tabelle vorweg einige Seiten freizulassen. — Die Anmeldungen mehrerer Forderungen desselben Gläubigers werden sachgemäß getrennt unter verschiedenen Nummern eingetragen, um Dividenden= bez. Abschlagszahlungen und entsprechende Vermerke auf Wechseln und Schulddokumenten auseinander zu halten.

3) Zu den „Betheiligten", zu deren Einsicht die Anmeldungen, Abs. 1, und die Tabelle, Abs. 2, auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen sind, wird unzweifelhaft auch der G.Schuldner zu rechnen sein; er hat sich nach dem unmittelbar folgenden § 129 Abs. 2 und zwar im Interesse seiner persönlichen Betheiligung zu erklären. — Die Nichtbeachtung der Frist des Abs. 2 würde gemäß den Mot. 360 dem Verwalter und den K.Gläubigern das Recht geben, „auf Kosten des säumigen Gerichtsschreibers die Vertagung des Prüfungstermins zu verlangen". Das gleiche Recht ist gerechterweise daher auch dem G.Schuldner als Betheiligten zu geben, v. Völdernborff II. S. 313, 318; Petersen S. 399. Aus seiner Nichterwähnung in dieser Stelle der Mot. ihn (mit v. Sarwey S. 560) als nicht betheiligt im Sinne des § 128 anzusehn, widerspricht doch offenbar dem Gesetze und der gesetzlichen Stellung des G.Schuldners im Feststellungsverfahren. Vielmehr ist mit Recht in vielen Fällen gerade die vollständige und zeitige Information des G.Schuldners zugleich die Basis für die Erklärungen des Verwalters und der Gläubiger.

§ 129.

In[1]) dem Prüfungstermine[2]) werden die angemeldeten Forderungen[3]) ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach einzeln erörtert.[4])

Der Gemeinschuldner hat sich über die Forderungen zu erklären.[5])

E. I. 141. 142. P. 170—180.

1) Eine Erklärung des Verwalters vor dem Termine über alle Anmeldungen (P. § 170) oder über diejenigen, welche er nicht anerkennen will (E. I. § 141), wird nicht verlangt. Mit Recht. Sie ist unnöthig, wenn sie nicht als definitive Erklärung verbindlich sein soll. Mot. 360, 361. Die gesammte Erörterung kann nur in dem Termine vor sich gehen, vgl. Anm. 4 nachst. Die vorher abgegebenen Erklärungen sind hierfür bedeutungslos.

2) Im Termine ist die Anwesenheit des Verwalters wesentlich. Die Mot. bemerken: „Versäumt er den Termin, so muß dieser wiederholt werden, und er haftet im Falle des Verschuldens für Schäden und Kosten." Mot. 362. In der K.O. ist dies nicht direkt ausgesprochen, und es wäre wohl angemessen gewesen, diese Bestimmung ausdrücklich zu treffen, zumal da es an sich nicht unmöglich wäre, die Vorschrift der C.P.O. § 208: daß die Versäumung einer Prozeßhandlung die Ausschließung der Partei mit derselben zur Folge hat, — welche allen ausbleibenden oder schweigenden K.Gläubigern gegenüber anwendbar ist — auch dem Verwalter gegenüber entsprechend anzuwenden. Der ganzen Konstruktion des Verfahrens entspricht es jedoch allerdings, daß der Verwalter im Prüfungstermine gegenwärtig sein muß, wie P. § 171 ausdrücklich bestimmte. Dies dürfte auch aus der Stellung des Verwalters als Vertreters des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse hervorgehen, da auf die Vertheilung der Masse des G.Schuldners selbstverständlich nicht nur der Faktor, wie groß die Masse ist, sondern auch der andere Faktor influirt, wer auf die Masse ein Recht hat und in welcher Höhe. Da im § 129 positiv die Erörterung der Forderungen vorgeschrieben ist, während sowohl die Zuziehung des Liquidanten nach § 131 nicht nöthig ist, als auch die Anwesenheit der anderen Gläubiger nach § 132 nur fakultativ ist, und da die Erörterung mit dem G.Schuldner selbst, § 129 Abs. 2, 132, für die Masse und die Betheiligung an derselben keine verbindliche Kraft hat, so bleibt die Anwesenheit des Verwalters im Prüfungstermine zur Ermöglichung der Erörterung wesentlich. Die hierdurch dem Verwalter abweichend von der sonstigen civilprozessualischen Stellung einer Partei auferlegte Pflicht zu verhandeln liegt ihm sonach als eine mit der Funktion des Verwalters obliegende Amtspflicht ob, deren Erfüllung nach § 76 erzwungen werden kann, wenngleich er sie schon durch seine schweigende passive Anwesenheit erfüllen kann, Anm. 4. Vgl. Schultze Jurist. Grundl. S. 60, 146.

Eine Vertretung des Verwalters durch einen Bevollmächtigten im Prüfungstermine ist durch das Gesetz nicht ausgeschlossen, v. Völdernndorff II. S. 322, Wengler S. 541; a.M. Stieglitz S. 523 Anm. Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist sie möglichst zu vermeiden; da indeß der fleißigste Verwalter nicht vor der zeitweisen Unmöglichkeit, persönlich zu erscheinen, gesichert ist, so wird auch in der Praxis, namentlich in Berlin, die Substituirung eines Vertreters zugelassen. Wer für den Verwalter als Vertreter erscheinen kann, ist durch den Charakter des amtsgerichtlichen Verfahrers, bez. durch § 65 und C.P.O. § 75 gegeben: jede prozeßfähige Person, vorbehaltlich der dem Richter für jede Verhandlung zustehenden Rechte betreffs der richterlichen Leitung, der Sicherheitspolizei und der Zurückweisung Betheiligter. Darüber hinaus die Zulässigkeit der Vertretung von der Genehmigung des K.Gerichts abhängig zu machen, weil dieses auch den Verwalter zu wählen bez. zu bestellen habe (v. Sarwey S. 566; Petersen S. 402),

würde ohne Grund die Vorschriften über die Verleihung des ganzen Amts auf die Ausübung einer einzelnen Funktion übertragen.

Muß der Prüfungstermin vertagt werden, weil der Verwalter weder erscheint noch vertreten ist, oder auch aus sonstigen Gründen, so ist gemäß § 85 Abs. 2 eine besondere öffentliche Bekanntmachung für den neuen Termin nicht nöthig, wenn die Vertagung in der Gläubigerversammlung des Prüfungstermins angeordnet wird. Dies gilt auch namentlich, wenn die Prüfung in dem angesetzten Termine nicht abgeschlossen werden kann. Rathsam ist es, für umfangreiche Prüfungen den Prüfungstermin auf mehrere Tage anzusetzen, welche zusammen als ein Prüfungstermin anzusehen sind. Für die besonderen Prüfungstermine des § 130 ist eine besondere öffentliche Bekanntmachung nöthig.

3) Es kann nicht genug betont werden, daß nur Konkursforderungen (§ 126) Gegenstand des Verfahrens sind. Andere gehören nicht in die Tabelle und sind, wenn sie aufgenommen sind, der Erörterung nur soweit zu unterziehen, um zu konstatiren, daß sie hier außer Beachtung bleiben. Jede sachliche, wenngleich nur eventuelle, Prüfung ist erfahrungsmäßig eine Quelle von Verwirrungen. Sofern Forderungen, welche nicht als K.Forderungen geltend gemacht waren, durch Erläuterungen im Termine als solche nachträglich sich herausstellen, liegt hierin eine neue Anmeldung und ist dafür § 130 anwendbar.

4) Die Erörterung hat nur den Zweck, zu konstatiren, ob und wieweit eine Forderung und deren Vorrecht vom Verwalter oder von einem anderen K.Gläubiger bestritten wird, — darnach richten sich die in den §§ 132, 134 ausgesprochenen Folgen; oder ob sie vom G.Schuldner bestritten wird, was zur Anwendung der §§ 132 Abs. 2, 152 Abs. 2 wesentlich ist. Das Resultat der Erörterung im K.Verfahren folgt nicht den Grundsätzen der C.P.O. §§ 295 ff. über das Versäumnißverfahren und demgemäß ist auch die Erörterung selbst eine andere. Der hauptsächlichste mögliche Gegner des Anmeldenden ist der Verwalter, als Vertreter des (virtuell verklagten) G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse. Er hat sein selbständiges, vom Willen und von der Zustimmung der Gläubiger, sowie des G.Schuldners unabhängiges Recht zum Widerspruche. Die auf seinem Dispositionsrechte über die Aktivmasse beruhenden Einwendungen gegen den Liquidanten, so aus der Anfechtung von Rechtshandlungen, § 29, und aus der Kompensation mit Forderungen der K.Masse gegen den Liquidanten (Anm. 1 zu § 46, Anm. 3 zu § 134) stehen nur dem Verwalter in Folge seiner Stellung zu, und nicht den Gläubigern. Erhebt der Verwalter gegen eine Forderung keinen Widerspruch, so gilt ihm gegenüber die Forderung als anerkannt „festgestellt", §§ 132, 133. Das Resultat ist sachlich auch bei blos passivem Verhalten das der confessio in jure, C.P.O. § 278, R.O.H. 25, 239. Nicht blos ein Einräumen der Thatsachen wird vorausgesetzt, und das verhandelnde K.Gericht hat keine Kognition. — Jeder anmeldende K.Gläubiger hat das Individualrecht, die Forderungen anderer zu bestreiten, § 132 Abs. 1. Zur Verhandlung und Konstatirung hinsichtlich dieser Erörterung sind daher Alle als betheiligt zu verstatten, welche als K.Gläubiger angemeldet haben, auch wenn ihre Forderungen zur Zeit noch nicht geprüft oder wenn sie bestritten sind. Im demnächstigen Spezialprozesse kann indeß die Sachlegitimation des bestreitenden Gläubigers, weil er selbst nicht K.Gläubiger sei, bestritten und dadurch sein Widerspruch beseitigt werden. Mot. 362. Wenn es dem Wesen der einstweiligen Erörterung entspricht, daß keinem als solchen sich anmeldenden K.Gläubiger der Charakter als solcher eher abgesprochen wird, so lange er nicht prozessualische Gelegenheit zum Nachweise derselben gehabt hat, so entspricht es andererseits der Natur seines Widerspruchsrechts — welches lediglich darauf beruht, daß er selbst K.Gläubiger ist, Anm. 1 zu § 127 — seine Wirkung als berechtigt im Spezialprozesse nicht zuzulassen, falls er nicht wirklich K.Gläubiger ist. Erhebt ein K.Gläubiger gegen die

Forderung eines Anderen keinen Widerspruch, so hat die ihm gegenüber eintretende Feststellung die Rechtsfolge der Präklusion seines Widerspruchsrechts. — Erhebt der Verwalter oder ein Gläubiger Widerspruch und wird dieser nicht sofort durch die Erörterung beseitigt, so ist die Forderung in der Tabelle als streitig einzutragen, und die weitere Entscheidung über die Rechte hat dann außerhalb des K.Verfahrens zu erfolgen. — Die Erörterung mit dem G.Schuldner endlich hat für den Konkurs nur die mittelbare Bedeutung, daß er auf Erfordern Auskunft zu geben hat, § 92; die sonstige Bedeutung seiner Erklärung oder Nichterklärung betrifft seine Haftung nach dem Konkurse.

Das Verfahren der Erörterung ist dem Zwecke der Erreichung dieser Resultate entsprechend eine mündliche Verhandlung, indeß nicht im Sinne der C.P.O. eine Verhandlung vor dem erkennenden Richter, sondern im Sinne einer mündlichen Verhandlung der K.O. Vgl. Anm. 2 zu § 66. Die Forderungen sind nach der Tabelle Post für Post durchzunehmen, und hinsichtlich der Fragen, ob und von wem Widerspruch erhoben wird, ob etwa der Widerspruch durch sofortige Ermittelungen aufzuklären oder zu beseitigen ist, zu erörtern; ebenso ob und zu welchem Betrage für die im Sinne des § 134 streitig gebliebenen Forderungen ein Stimmrecht gemäß § 87 zu gewähren ist; ob in den Fällen bedingter Forderungen, §§ 59, 60, Sicherheitsleistung verlangt bez. angeboten wird. Das K.Gericht kann nach § 67 die erforderlichen Ermittelungen durch Vernehmung des G.Schuldners, Einsicht von Handlungsbüchern, Vernehmung von Zeugen u. s. w. veranlassen; es kann hierzu, sowie überhaupt zur Fortsetzung und Beendigung der Verhandlung nicht blos auf Antrag (v. Sarwey S. 560: „nur auf Antrag"), sondern auch von Amtswegen vertagen, vgl. C.P.O. §§ 205, 206. Hullmann S. 271; Petersen S. 401. Indeß nehmen die Mot. S. 361 dem Zwecke der Erörterung entsprechend an, daß nur „sofort vornehmbare" Ermittelungen in Aussicht zu nehmen sind und die Praxis in Berlin zeigt die regelmäßige Möglichkeit der Erledigung der umfangreichsten Prüfungen in einem Prüfungstermine.

Hinsichtlich der Aufnahme des Protokolls für den Prüfungstermin vgl. Anm. 2 zu § 66 und Anm. 1 zu § 133.

5) Die Erklärung des G.Schuldners hat außer der nach § 92 etwa erforderten Auskunft nur für die Zeit nach dem Konkurse Rechtsfolgen gegen ihn. Eine ausdrücklich bestreitende Erklärung des G.Schuldners ist in die Tabelle aufzunehmen (Kolonne: „Bemerkungen"). Die Folgen des Bestreitens und Nichtbestreitens bestimmen §§ 132 Abs. 2, 152 Abs. 2, Anm. zu § 92. Zur Gewinnung eines nach der K.Beendigung exekutorischen Titels kann der Gläubiger gegen den bestreitenden G.Schuldner schon während des Konkurses klagen. Anm. 1 zu § 10.

§ 130.

In dem Prüfungstermine sind auch diejenigen Forderungen, welche nach dem Ablaufe der Anmeldefrist angemeldet sind, zu prüfen, wenn weder der Verwalter noch ein Konkursgläubiger hiergegen Widerspruch erhebt; anderenfalls ist auf Kosten des Säumigen ein besonderer Prüfungstermin zu bestimmen.[1]

Auf nachträglich beanspruchte Vorrechte und sonstige Aenderungen der Anmeldung findet die vorstehende Bestimmung entsprechende Anwendung.[2]

Gläubiger, welche Forderungen nach dem Prüfungstermine anmelden, tragen die Kosten des besonderen Prüfungstermins.[3)]

E. I. 144. 148. P. 176. 177.

1) Falls nach Abs. 1, 2 oder 3 ein besonderer Prüfungstermin nöthig ist, so ist dieser behufs der Ermöglichung der Zuziehung aller Betheiligten zur Wahrung ihrer Rechte öffentlich bekannt zu machen. Daß dies geschehen soll, ist zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben; der § 103 betrifft nur den im § 102 erwähnten allgemeinen Prüfungstermin. Nach dem System der K.O. sind jedoch alle K.Gläubiger zur Prüfung zuzuziehen (Anm. 4 zu § 129); die Verfügung des Termins ist von Amtswegen zuzustellen (§ 66 Abs. 2); und das Gericht ist nach § 68 Abs. 3 auch in Fällen, für welche eine öffentliche Bekanntmachung nicht vorgeschrieben ist, befugt, eine solche mit der Wirkung zu erlassen, daß sie als Zustellung an alle Betheiligte gilt (Anm. 2 zu § 68). Der allgemeine Prüfungstermin hat, wie aus §§ 126, 129, 130 Abs. 1 hervorgeht, nur die gesetzliche Bestimmung zur Prüfung der bis zum Ablaufe der Anmeldefrist angemeldeten Forderungen. Nur zu diesem Zwecke könnte also auch eine Vertagung nach § 85 Abs. 2 stattfinden. Die besonderen Prüfungstermine nach § 130 dienen indeß nicht zu jenem Zwecke, sind also auch keine Vertagungen des allgemeinen Prüfungstermins, sondern unter Mittheilung des Gegenstandes der Verhandlungen nach § 90 neu anzusetzen und zu veröffentlichen. Die Frist ist für den besonderen Prüfungstermin gesetzlich nicht bestimmt, sondern dem Ermessen des Gerichts überlassen. Sie ist nicht die des § 126 für den „allgemeinen Prüfungstermin." Mot. 359. Vgl. §§ 68, 69, 103. Es ist weder nöthig noch sachgemäß, sofort für jede einzelne verspätete Anmeldung einen besonderen Prüfungstermin anzusetzen.

Die Anberaumung eines besonderen Prüfungstermins ist nicht nöthig, wenn die Anmeldung zwar nach der Anmeldefrist, aber vor dem allgemeinen Prüfungstermine erfolgt ist und weder der Verwalter noch ein K.Gläubiger der sofortigen Vornahme der Prüfung widerspricht. Der Widerspruch des G.Schuldners wird also hier nicht berücksichtigt. Der Widerspruch des Verwalters und jedes Gläubigers gegen die sofortige Vornahme der Prüfung ist mit Rücksicht auf die aus § 133 sich ergebende Präklusionszeit so lange zulässig, bis die Forderung geprüft und das Ergebniß in die Tabelle eingetragen ist. Zur Vornahme der Prüfung, sofern kein Widerspruch erfolgt, bedarf es weder eines Antrags des Liquidanten, vgl. § 131, noch eines Entschuldigungsgrundes für die Versäumung der Anmeldefrist. Andrerseits braucht auch der Widersprechende seinen Widerspruch nicht durch einen Grund zu unterstützen.

2) Abs. 2. Gemäß Abs. 2 werden den nach der Anmeldefrist angemeldeten Forderungen auch gleichgestellt das „nachträgliche" Beanspruchen eines Vorrechts und sonstige „Aenderungen" einer Anmeldung. Solche, entsprechend dem Abs. 1 und dem § 126 erst nach der Anmeldefrist (also auch etwa erst im Prüfungstermine selbst) vorgebrachten Aenderungen sind mithin als neue Anmeldungen anzusehen. Erfolgt gegen deren Prüfung Widerspruch, so sind sie als neue Anmeldungen erst in einem besonderen Prüfungstermin zu prüfen. Indeß nicht jede Modifikation der thatsächlichen Angaben ist eine Aenderung der Anmeldung im Sinne des Abs. 2. Entsprechend der Vorschrift der C.P.O. § 240, wonach für die Aenderung der Klage nur der Klagegrund wesentlich ist, und andrerseits entsprechend den §§ 127 Satz 1, 130 Abs. 2, 134 Abs. 3, wonach für die Anmeldung Grund, Betrag und Vorrecht gleich wesentliche Erfordernisse sind, ist es als Aenderung einer Anmeldung (insoweit von der Klageänderung abweichend) nur anzusehen, wenn der Grund der Forderung geändert, der Betrag erhöht oder ein besseres Vorrecht beansprucht wird. Ist indeß eine solche Aenderung der Anmeldung erfolgt und wird im Prüfungstermine kein Widerspruch erhoben, so ist die geänderte, also neue An-

meldung nach Abs. 1, 2 zur Prüfung zu bringen. Die von Hullmann S. 273 und Wengler S. 543 verlangte Anwendung des § 241 C.P.O. dahin, daß alle Gläubiger anwesend sein und nebst dem Verwalter die Aenderung bewilligen müßten, weil die abwesenden Gläubiger das Recht auf die Auslegung späterer Anmeldungen nicht verlieren könnten, ist gerade durch Abs. 2 und 1 dahin modifizirt, daß den Abwesenden kein derartiges Recht zugebilligt, auch keine Zustimmung derselben erfordert wird, sondern nur der „Widerspruch" eines Gegenwärtigen die Zulassung der Prüfung beseitigen kann. Die Zulässigkeit der Prüfung von Aenderungen gemäß Abs. 2 ist jedoch nach § 133 nur so lange vorhanden, als nicht die Prüfung der geänderten Anmeldung schon erfolgt und das Resultat der Prüfung in die Tabelle eingetragen ist. Sobald dies geschehen, ist nicht mehr eine Aenderung der geprüften Anmeldung, sondern nur noch eine neue Anmeldung zur Prüfung zu bringen.

Eine gänzliche oder theilweise Zurücknahme der Anmeldung (auch um eine andere Anmeldung zu begründen) ist ohne Verzicht auf die Forderung jederzeit zulässig. Der Gläubiger verzichtet dadurch nur auf das von ihm in seiner früheren Anmeldung ausgeübte Recht, in der geschehenen Art und Zeit anzumelden. Die Vorschrift der C.P.O. § 243 Abs. 1, welche eine mündliche Verhandlung im Sinne der C.P.O. voraussetzt, ist hierauf nicht anwendbar. Mit der Zurücknahme der Anmeldung, welche dann als nicht erfolgt anzusehen ist, fallen alle dadurch begründeten Rechte, also das Recht auf Prüfung und die Wirkung für die Verjährung (Anm. 6 zu § 97) fort.

3) Die Kosten des besonderen Prüfungstermins, welche der später Anmeldende zu tragen hat, sind die des gesammten nachträglichen Prüfungsverfahrens, also der Gerichtsgebühr (§§ 54, 95 Abs. 2 Ger.-Kost.Ges.), der öffentlichen Bekanntmachung und die Kosten bez. Gebühren des Verwalters. Die einzelnen Gläubiger können indeß für ihre Betheiligung Kosten nicht erstattet fordern. Dies ist (gegen Stieglitz S. 530) durch die Vorschrift des § 56 Nr. 2 ausgeschlossen, wobei beiläufig auch zu berücksichtigen ist, daß bei einem Rechtsanwalt, welcher einen K.Gläubiger bei Prüfung der Forderung vertritt, die Gebühr sich nicht ändert, mögen besondere Prüfungstermine erfolgen oder nicht. Die von Stieglitz gewollte entsprechende Anwendung des § 90 C.P.O. verkennt die Natur des allgemeinen Prüfungstermins und das Anmeldungsrecht. Kein Gläubiger hat gegen irgend Jemanden eine Anmeldungspflicht; er versäumt also keine Verpflichtung gegen einen Andern und keinen für ihn Anderen gegenüber obligatorischen Termin, wie ihn C.P.O § 90 voraussetzt, wenn er den allgemeinen Prüfungstermin nicht wahrnimmt.

§ 131.

Die Prüfung einer angemeldeten Forderung findet statt, wenngleich der anmeldende Gläubiger im Prüfungstermin ausbleibt.[1)]

1) Der § 131 ist von der Vork. eingeschaltet, um eine entgegengesetzte Auslegung der im § 129 vorgeschriebenen „Erörterung" auszuschließen. Durch die Vorschrift des § 131, daß die Prüfung einer Forderung erfolgen muß, auch wenn der Anmeldende den Termin nicht wahrnimmt, in Verbindung mit § 129 wird das Offizialverfahren bei der Prüfung konstatirt. Die Nachtheile des ausbleibenden Geprüften bestehen darin, daß er, falls seine Forderung bestritten wird, nicht durch etwanige Aufklärung den Widerspruch beseitigen kann und die Gründe des Bestreitens nicht kennen lernt. Nach erfolgter Prüfung ist gemäß § 133 zu verfahren und der ausgebliebene Gläubiger kann dann auch nicht mehr, wie v. Völderndorff II. S. 328 meint, auf seine Kosten eine Erneuerung seiner Prüfung in einem besonderen Termin veranlassen. Ist die Forderung festgestellt, so ist nach § 132 Abs. 2 eine fernere Prüfung unnöthig; ist sie streitig geblieben, so kann er nur die Beseitigung des Widerspruchs bez. die Feststellung betreiben, §§ 132 Abs. 1, 134.

§ 132.

Eine Forderung gilt als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermine ein Widerspruch weder von dem Verwalter noch von einem Konkursgläubiger erhoben wird,[1] oder soweit ein erhobener Widerspruch beseitigt ist.[2]

Ist die Forderung vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine bestritten, so kann ein Rechtsstreit, welcher über dieselbe zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens anhängig war, gegen den Gemeinschuldner aufgenommen werden.[3]

E. I. 142. 13. P. 173. 174.

1) Im § 132 ist bestimmt, wer die angemeldeten K.Forderungen zunächst zu prüfen hat und wessen Prüfung und Widerspruch einstweilen sich der „Feststellung", d. h. der Bedingung und Beurkundung der Theilnahme an der Masse entgegensetzen kann. Mit dieser Wirkung sind der Verwalter und jeder K.Gläubiger widerspruchsberechtigt, so daß durch den Widerspruch Eines derselben die Feststellung gehindert wird. Ueber den Rechtsgrund ihrer Stellung zum Feststellungsverfahren vgl. Anm. 1 zu § 127. Die Feststellung erfolgt durch stillschweigende Anerkennung bez. Präklusion, wenn im Prüfungstermin der Verwalter und alle im Termine anwesenden oder vertretenen K.Gläubiger nicht widersprechen; — nur ein Widerspruch im Termine hat Wirkung; ein schriftlicher Protest vorher ist ohne Wirkung. Wie in Anm. 4 zu § 129 bemerkt ist, hindert zunächst das Bestreiten eines jeden K.Gläubigers, welcher als solcher auftritt, also eines jeden anmeldenden die „Feststellung" im Sinne des § 132 Abs. 1 und des § 134. Im Spezialprozesse kann dem bestreitenden Gläubiger indeß entgegengesetzt werden, daß er überhaupt nicht K.Gläubiger ist (vgl. Anm. 4 zu § 129 und § 133 Abs. 2), sowie daß er als bevorrechtigter Gläubiger kein rechtliches Interesse hat, eine ihm nachstehende Forderung zu bestreiten. Prot. 92. — Wesentlich ist nur ein Bestreiten in demjenigen Prüfungstermine, in welchem die in Rede stehende Forderung geprüft wird und zwar kann der Widerspruch wirksam bis dahin erfolgen, daß die Erörterung hinsichtlich dieser Forderung abgeschlossen und der Vorschrift des § 133 gemäß das Ergebniß in die Tabelle eingetragen ist. Ist dies geschehen und die Forderung nach § 133 Abs. 2 als festgestellt eingetragen, so ist gegen die hierdurch urtheilsmäßig festgestellte Forderung ein Widerspruch nur in Gemäßheit des § 133 Abs. 2 zulässig.

Ein Grund des Widerspruchs braucht nicht angegeben zu werden; dem K.Gericht steht, auch wenn ein Grund angegeben ist, keine Beurtheilung desselben zu. Die Thatsache des Widerspruchs entscheidet. Für den demnächstigen Spezialprozeß ist der Widersprechende auf die von ihm bei der Prüfung angegebenen Gründe nicht beschränkt. Seine bei der Prüfung abgegebenen Erklärungen können natürlich zum Beweise für den demnächstigen Prozeß als s. g. außergerichtliche Zugeständnisse für denselben verwerthet werden; indeß in Ermangelung einer mündlichen Verhandlung vor erkennendem Gerichte im Sinne der C.P.O., welche natürlich im Prüfungstermine in solchem Sinne nicht stattfindet, enthalten jene Erklärungen in keinem Falle ein gerichtliches Geständniß im Sinne der C.P.O. §§ 261, 270 Abs. 2, 470 Abs. 2.

Ob der G.Schuldner einen Anspruch bestreitet, ist kein Hinderniß dagegen, die Forderung als festgestellt gelten zu lassen. Die Folge seines Bestreitens ist nur die Ausschließung der Vollstreckbarkeit der Feststellung gegen ihn nach dem Konkurse §§ 152, 179, 192. Um diese zu erwirken, muß er jedoch ebenfalls bis zum Abschlusse der Erklärung und bis zur Eintragung des Resultats in die Tabelle bestritten haben, Anm. 1 zu § 133.

2) Ist gegen eine Anmeldung vom Verwalter oder von einem K.Gläubiger Widerspruch erfolgt, so ist dessen Beseitigung nöthig, um die Feststellung der Forderung zu bewirken. Die Beseitigung kann sofort in oder auch nach dem Termine erfolgen. Es genügt dazu eine schriftliche oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegebene Zurücknahme des Widerspruchs (ohne Anwaltszwang). Wenn Mehrere bestritten haben, so ist der Widerspruch Aller zu beseitigen, um die Forderung als festgestellt zu erachten. Prot. 92. Sache des Anmeldenden ist es, die Beseitigung Jedem Einzelnen gegenüber durch Unterhandlung oder sonst im Prozeßwege zu erwirken. Die gleichzeitige Erledigung des Widerspruchs Verschiedener in einem Prozesse ist nicht vorgeschrieben. Prot. 175. Hierüber und über den Widerspruch Mehrerer überhaupt vgl. Anm. 1, 2 zu § 135.

3) War ein Prozeß wegen einer K.Forderung schon zur Zeit der K.Eröffnung gegen den G.Schuldner anhängig, so wird er nach C.P.O. § 218 durch die K.Eröffnung unterbrochen. Wird die Forderung festgestellt, so fällt der Prozeß für die K.Masse fort und es entfällt damit hinsichtlich dieser eine Aufnahme desselben. Der G.Schuldner kann aber zur Beseitigung der Folgen des § 152 Abs. 2 auch seinerseits bestreiten. Dem Gläubiger soll für diesen Fall die Verschaffung eines für die Zeit nach der K.Beendigung verwendbaren exekutorischen Titels ermöglicht werden. Um klarzustellen, daß der Prozeß des Gläubigers gegen den G.Schuldner selbst zu diesem Zwecke nicht die K.-Masse betrifft und einer desfallsigen Prozeßaufnahme aus dem § 218 C.P.O. kein Einwand entgegengesetzt werden kann, ist Abs. 2 von der R.K. zugesetzt. Dem G.Schuldner soll dagegen die Befugniß zur Aufnahme nicht gegeben sein, da er nur ein höchst problematisches Recht habe, im Armenrecht einen solchen Rechtsstreit durchzuführen. Durch Abs. 2 ist dies ausgeschlossen, indem nur die Aufnahme gegen den G.Schuldner gestattet ist. Prot. 98—100.

Ist die Forderung (außer vom G.Schuldner) vom Verwalter oder von einem Gläubiger bestritten, so ist zur Beseitigung dieses Widerspruchs der Prozeß nach § 134 Abs. 3 gegen die Bestreitenden aufzunehmen; diese Vorschrift ist durch § 132 Abs. 2 nicht berührt. Die letztere (Abs. 2) betrifft direkt nur festgestellte Forderungen, welche der § 132 behandelt. Der Antrag auf Beifügung des Zusatzes lautete ursprünglich: „Ist die festgestellte Forderung vom G.Schuldner u. s. w." und das Wort: „festgestellte" ist nur als überflüssig gestrichen. Indeß Abs. 2 spricht nur die Konsequenz des § 218 C.P.O. aus, daß einem die K.Masse nicht berührenden Prozesse nicht die Unterbrechung auf Grund des § 218 entgegengesetzt werden kann. Daher ist der Grundsatz des § 132 Abs. 2 sachlich zur Verfolgung des Prozesses gegen den G.Schuldner auch dann anwendbar, wenn die Forderung im Sinne des § 134 streitig geblieben und zugleich vom G.-Schuldner bestritten ist. Insoweit der Prozeß gegen den G.Schuldner verfolgt wird, berührt er eben die K.Masse nicht. Prot. 173. Vgl. Anm. 5 zu § 134.

Wird eine (festgestellte oder streitig gebliebene) Forderung, über welche noch kein Prozeß anhängig war, vom G.Schuldner bestritten, so kann der anmeldende Gläubiger auch schon während des Konkurses gegen den G.Schuldner behufs der Vollstreckbarkeit nach dem Konkurse klagen, Anm. 1 zu § 10, neben einer Klage gegen den etwa bestreitenden Verwalter oder Gläubiger. — Hatte umgekehrt der G.Schuldner im früheren Prozesse seine Verpflichtung bestritten, im Prüfungstermin des Konkurses jedoch nicht bestritten, so behält das frühere Bestreiten und der frühere Prozeß keinen Einfluß mehr; die Forderung wird, wenn festgestellt, auch gegen den G.Schuldner vollstreckbar, §§ 152, 179, 192.

§ 133.

Das Gericht hat nach der Erörterung einer jeden Forderung das Ergebniß in die Tabelle einzutragen.[1] Auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden ist von dem Gerichtsschreiber die Feststellung zu vermerken.[3]

Die Eintragung in die Tabelle gilt rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach wie ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Konkursgläubigern.[3)]

E. I. 143. P. 175.

1) In der Tabelle ist unter Mitvollziehung des Richters („das Gericht") zu vermerken, ob und wieweit bez. mit welchem Vorrechte Forderungen als unstreitig festgestellt, Anmeldungen zurückgenommen, streitig geblieben, bez. von wem bestritten und was in Betreff des Stimmrechts bestimmt ist. Anm. 4, 5 zu § 129. Ebenso ist das Ergebniß der Erörterung über die Momente, welche eine Zurückbehaltung der Antheile bei der Vertheilung bedingen, Feststellung einer Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für bedingte Forderungen, Verlangen bez. Anbieten und Leistung von Sicherheit zu vermerken, §§ 59, 60, 155. In Betreff aller dieser Fragen ist indeß nur das Ergebniß der Erörterung ohne Begründung einzutragen.

Im Satze 1 liegt ferner: Die Eintragung in die Tabelle muß im Termine für jede Forderung *sofort* „nach der Erörterung" derselben erfolgen. Sie bezeichnet den Abschluß der Erörterung. Ist die Forderung als festgestellt eingetragen, so wirkt die Eintragung nach Abs. 2 als Urtheil, und eine andere Erörterung, wie die Anfechtung eines Urtheils ist dadurch ausgeschlossen. Auch wenn die Forderung als streitig geblieben eingetragen ist, bleibt nach Satz 1 mit der Eintragung die Erörterung beendigt; wer bis dahin die Forderung nicht bestritten hat, es sei der Verwalter, der G.Schuldner oder ein Gläubiger, hat die Prüfung bez. seine bestreitende Erklärung, wenn er eine solche abgeben wollte, unwiderbringlich versäumt. Ein nachträgliches Bestreiten bez. ein Anschluß an andere bestreitende Betheiligte ist präkludirt; eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht zulässig, da nicht eine Nothfrist versäumt ist, C.P.O. §§ 208 ff., 211. Sowohl Gläubiger und Verwalter, welche durch ihren Widerspruch die Forderung zu einer streitigen im Sinne des § 134 machen wollen, als auch der G.Schuldner, welcher durch sein Bestreiten die Vollstreckbarkeit gemäß §§ 152, 179, 192 abwenden will, müssen diese Erklärungen vor der Eintragung des Resultats in die Tabelle abgegeben haben.

Die Tabelle selbst ist Beilage des Protokolls und die Vermerkung der Eintragung ist Theil des Protokolls, welches selbstverständlich aufzunehmen ist. Vgl. Anm. 2 zu § 66. Zur Beurkundung der Tabelleneintragung genügt ein kurzer Vermerk im Protokolle, so daß die Tabelle allein die Erörterungsresultate zu enthalten braucht. Die im Termine erfolgenden zulässigen Modifikationen der Anmeldungen, Zurücknahme solcher, Verzichte u. dergl. sind im Protokolle zu konstatiren.

2) Sind Forderungen aus Wechseln oder anderen Schuldurkunden *festgestellt*, so soll dies (unter Angabe der Nummer der Tabelle) auf den *Urkunden vermerkt* werden. So lange die Feststellung nicht erfolgt ist, ist ein Vermerk unnöthig. Der Vermerk bezweckt, die Nothwendigkeit der Zurückbehaltung der Urkunden beim Gerichte zu beseitigen und die Disposition darüber für den Gläubiger zu erleichtern. Die Wechsel bez. Urkunden sind, mit dem Vermerke versehen, sofort im Prüfungstermine dem Gläubiger zurückzugeben. Ist später behufs der Auszahlung bez. Theilzahlung die Wiedereinreichung nöthig, so wird durch den Vermerk die Identität konstatirt.

3) *Abs. 2*: Die Eintragung der Feststellung einer Forderung in die Tabelle ist sachlich die urtheilsmäßige Festsetzung des Rechts des anmeldenden Gläubigers, daß er hinsichtlich der festgestellten Forderung ihrem Betrage und Vorrechte nach an der K.Masse Theil zu nehmen berechtigt ist. Sie *wirkt* („*gilt*") für diesen Inhalt, wie ein *rechtskräftiges* Urtheil. Die von der Urtheilsform abweichende Form der Eintragung, welche sich auf das Wort „festgestellt" neben der Forderung in der Tabelle (Colonne 8: Resultat der Prüfung) beschränken kann, beeinträchtigt dies Wesen des Judikats nicht.

Um die Wirkung zu haben, ist auch nicht noch eine Zustellung oder Verkündung der Eintragung nöthig. Die Wirkung ist durch das Gesetz mit der Eintragung schon verbunden. Sofern dem Judikat exekutorische Folge gegeben werden soll, ist ein entsprechender Auszug aus der Tabelle mit Vollstreckungsklausel zur Ausführung der Wirkung nöthig. C.P.O. §§ 271, 662 ff.

Die Wirkung gilt für das Verhältniß des anmeldenden Gläubigers „gegenüber allen Konkursgläubigern". Die Feststellung gilt als Entscheidung gegen und bez. für alle K.Gläubiger, sie mögen angemeldet bez. den Prüfungstermin wahrgenommen haben oder nicht, und sie gilt sowohl für als auch gegen den Liquidanten einer festgestellten Forderung. Mot. 364. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens kann nur unter entsprechender Anwendung der C.P.O. §§ 541 ff. wie gegen ein rechtskräftiges Urtheil durch Restitutions- oder Nichtigkeitsklage erfolgen. Vgl. R.O.H. 20, 25, 40 bis 42, 239.

In anderer Weise kann zunächst ein anderer K.Gläubiger durch seinen nachträglichen Widerspruch die festgestellte Forderung nicht beseitigen. Prot. 94. Eine Wiedereinsetzung in den früheren Stand und eine analoge Anwendung der nur für die Versäumung von Nothfristen gegebenen und ohnehin außergewöhnlichen und keine Ausdehnung vertragenden Vorschriften der C.P.O. §§ 211 ff. ist unzulässig. A.M. v. Völderndorff II. S. 338.

Auch der Liquidant selbst kann seine Forderung nicht durch einfachen Widerruf modifiziren, z. B. nicht statt einer als angemessen geforderten und festgestellten Entschädigung nachträglich eine höhere für denselben Anspruch als angemessen verlangen, auch nicht ein besseres Vorrecht beanspruchen, unbeschadet seines Rechtes, noch andere Forderungen geltend zu machen. Daß auch der Liquidant seinerseits, sobald die Feststellung eingetragen, daran gebunden ist, folgt daraus, daß die Anmeldung in ihren wesentlichen Theilen nicht anders wie in Form einer neuen Anmeldung geändert werden kann, vgl. §§ 127 Satz 1, 130 Abs. 2, 134 Abs. 4. Die Vorschrift des § 130 Abs. 2, welche die Zulassung der Prüfung von Aenderungen im allgemeinen Prüfungstermine behandelt, gestattet nur die Prüfung selbst und findet auf die Zeit nach der Prüfung bez. Erörterung und deren durch die Tabelleneintragung erfolgten Abschluß keine Anwendung.

Daß der Liquidant, welcher eine Forderung als K.Forderung angemeldet hat, durch deren Feststellung als solche derartig gebunden sei, daß er nicht mehr dieselbe Forderung als Masseschuld geltend machen könne, ist aus § 133 Abs. 2 nicht zu folgern. Die Vorschrift, sowie überhaupt das Feststellungsverfahren betrifft nur die Konkursforderungen. Durch die Vorschrift wird demnach nicht ausgeschlossen, daß die anfangs als K.Forderung angesehene Forderung als Masseanspruch geltend gemacht wird; weder die Präklusion einer solchen noch ein Verzicht auf eine solche ist durch § 133 bestimmt, abgesehen davon, daß in den Umständen, unter welchen der Anspruch geltend gemacht wird, im einzelnen Falle ein thatsächlicher Verzicht auf die Geltendmachung eines Masseanspruchs liegen kann.

Ebenso kann der Verwalter eine festgestellte Forderung nicht durch nachträgliches Bestreiten zu einer streitigen machen. Er kann sie ebenfalls nur durch Restitutions- oder Nichtigkeitsklage anfechten. Er vertritt zwar nicht die K.Gläubiger direkt, sondern den G.Schuldner hinsichtlich der K.Masse, jedoch im Interesse aller K.Gläubiger. Er muß deshalb das, was den K.Gläubigern gegenüber wirksam ist, auch sich gegenüber als gleich wirksam gelten lassen, so wie auf dem gleichen Verhältnisse seine Befugniß beruht, Handlungen, welche den K.Gläubigern gegenüber unwirksam sind, anzufechten (§§ 6, 22, 29, Anm. 1 zu § 29), und wie ihm das Recht, angemeldete Forderungen zu bestreiten, auch im gemeinsamen Interesse des G.Schuldners und aller K.Gläubiger gegeben ist, um die K.Masse für die wirklich Berechtigten zu sichern (Prot. 91). Dagegen wirkt hin-

sichtlich der Verfolgung der Ansprüche gegen den G. Schuldner persönlich nach der K.-Aufhebung bez. abgesehen von der Wirkung für die K.Masse die Feststellung und Eintragung nur in Gemäßheit der §§ 152, 179, 192 in Verbindung mit dem Umstande, daß er selbst die Forderung nicht bestritten hat. Ueber die Wirkung betreffs der Verjährung vgl. Anm. 3 zu § 13.

Durch den § 133 ist der Fall nicht betroffen, daß in Folge unzweifelhaften gerichtsseitigen Versehens eine in der That bestrittene Forderung als festgestellt in der Tabelle eingetragen ist. In diesem Falle, so wie im entgegengesetzten, wenn eine festgestellte Forderung als streitig vermerkt ist, und auch überhaupt findet die Vorschrift der C.P.O. § 290 entsprechende Anwendung, daß Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche, der Absicht des Konzipienten widersprechende, offenbare Unrichtigkeiten jederzeit auf Antrag oder auch von Amtswegen zu berichtigen sind; desgleichen daß gegen den Beschluß, durch welchen ein Antrag auf eine solche Berichtigung zurückgewiesen wird, kein Rechtsmittel stattfindet, und gegen den Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, sofortige Beschwerde statthaft ist. Auf den Berichtigungs-Beschluß ist § 66 Abs. 2 anwendbar; die Beschwerde gegen denselben steht jedem Betheiligten zu. Zweckmäßig wäre für den Berichtigungsbeschluß die Anordnung einer Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei (wie im Falle des § 146 Abs. 2) gewesen; zumal da der Schreibfehler darauf beruhen kann, daß nicht der als widersprechend Vermerkte, sondern ein anderer (ohne Nachricht an alle Gläubiger schwer zu ermittelnder) Gläubiger widersprochen hat.

§ 134.

Den Gläubigern streitig gebliebener Forderungen bleibt überlassen, die Feststellung derselben gegen die Bestreitenden zu betreiben.[1] Zu diesem Behufe hat das Gericht den Gläubigern einen Auszug aus der Tabelle in beglaubigter Form zu ertheilen.[2]

Auf die Feststellung ist im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben.[3] Für die Klage ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschließlich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichts gehört.[4]

War zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung derselben durch Aufnahme des Rechtsstreits zu verfolgen.[5]

Die Feststellung kann nur auf den Grund gestützt und nur auf den Betrag gerichtet werden, welcher in der Anmeldung oder dem Prüfungstermine angegeben ist.[6]

Die Bestimmungen des ersten, dritten und vierten Absatzes finden auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht,[7] eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht[8] zuständig ist, entsprechende Anwendung.

Der Widerspruch gegen eine Forderung, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, ist von dem Widersprechenden zu verfolgen.[9]

Die obsiegende Partei hat die Berichtigung der Tabelle zu erwirken.[10)]

E. I. 145. P. 227—236.

1) Feststellungsprozeß für streitige K.Forderungen. Erfolgt die Beseitigung eines gegen die Feststellung gerichteten Widerspruchs nicht freiwillig, so ist auf Antrag eines Betheiligten im Prozeßwege zu entscheiden, ob der Widerspruch begründet ist. Die verschiedenen Modifikationen des hierfür zulässigen Prozeßverfahrens behandelt § 134. Sämmtliche Bestimmungen des § 134 betreffen nicht das Bestreiten des G.Schuldners, welches für die „Feststellung" nach § 132 Abs. 1 unwesentlich ist, sondern im Gegensatze zum § 132 die Feststellung derjenigen Forderungen, welche nicht schon gemäß § 132 Abs. 1 festgestellt sind. Nur diese sind im Sinne des § 134 „streitig geblieben." Ueber das Verfahren, wenn Mehrere bestritten haben, vgl. Anm. 1, 2 zu § 135. Ueber die Folgen, wenn zugleich auch der G.Schuldner bestritten hat, Anm. 3 zu § 132. — Der erste Satz, daß den Liquidanten überlassen bleibt, die Feststellung zu betreiben, hat eine verschiedene Folge und Bedeutung für die Fälle des Abs. 6 gegenüber den Regel-Fällen der Abs. 2 ff. Gläubiger, welche schon einen vollstreckbaren Schuldtitel, einen Vollstreckungsbefehl oder ein Endurtheil für ihre Forderungen haben (Abs. 6), brauchen die Feststellung nicht zu betreiben, sondern können abwarten, ob der Widersprechende seinen Widerspruch verfolgt, und haben anderenfalls bei Vertheilungen keinen Nachtheil durch das Unterbleiben einer Feststellung (§§ 140, 155 Abs. 1. Vgl. Anm. 2 zu § 135). Sie können jedoch allerdings gegen Widersprechende z. B. im Interesse des Stimmrechts für ihre Forderungen auf Beseitigung des Widerspruchs klagbar werden, C.P.O. §§ 231, 253. Andere Gläubiger aber werden hinsichtlich ihrer nicht festgestellten Forderung bei Vertheilungen nur berücksichtigt, wenn sie die Feststellungen im Prozeßwege verfolgen, §§ 140, 143. Ob sie dies wollen, bleibt ihnen überlassen, ebenso zu welcher Zeit. Eine Frist ist dafür nicht vorgeschrieben. Die mit der Unterlassung verbundene Ausschließung von der Vertheilung mag dem einzelnen bestrittenen Gläubiger je nach den größeren oder geringeren Aussichten auf Dividende ein Antrieb zur Verfolgung sein oder gleichgültiger dafür bleiben lassen. Von Amtswegen wird für keine der Gläubiger-Kategorien ein Prozeßverfahren veranlaßt, und in allen Fällen bleiben die Prozesse über die Feststellung als selbständige Rechtsstreitigkeiten außerhalb des K.Verfahrens, und lediglich den Vorschriften der C.P.O. unterworfen, soweit diese nicht durch die §§ 134—136 modifizirt sind. War bei der K.Eröffnung schon ein Rechtsstreit über die streitige Forderung anhängig, so ist Abs. 3, anderenfalls Abs. 2 für die Verfolgung des Anspruchs maßgebend, welche in beiden Fällen vor dem Prozeßgerichte erfolgt. Das Konkursgericht ist hinsichtlich der Feststellung streitiger Forderungen nur zu Anfang durch Abs. 1 Satz 2 behufs der Legitimationsnachweise und dann nach erfolgter Entscheidung durch Abs. 7 behufs der Konstatirung derselben für das K.Verfahren betheiligt.

2) Das Konkursgericht hat den Gläubigern streitiger Forderungen einen beglaubigten Tabellenauszug behufs der Betreibung der Feststellung gegen die Bestreitenden zu ertheilen. Der Auszug ist als in der Regel genügend erachtet, um nachzuweisen, daß bei der Prozeßverfolgung die nach Abs. 4 nöthigen Schranken inne gehalten seien. Erforderlichenfalls sei es sonst Sache der Parteien, die nöthigen Behauptungen aufzustellen und auf Auskunft des K.Gerichts zu provoziren, ohne daß stets eine Abschrift der Anmeldung (wie nach P. § 229) dem Auszuge beizufügen sei. Mot. 365. Den Auszug muß das Konkursgericht von Amtswegen geben, indeß nach dem Zwecke nur den Gläubigern, welche gemäß Abs. 2, 3, selbst die Feststellung zu betreiben haben, nicht denen, welche nach Abs. 6 die Verfolgung der Widersprechenden abwarten können. Der Auszug soll dem Gläubiger als eine sofort bereite Legitimation zur Verfügung stehen, um die Identität des im Prozesse verfolgten mit dem angemeldeten Anspruche, die Personen

der Widersprechenden bez. die Negative, daß andererseits kein Widerspruch erfolgt ist, nöthigenfalls nachweisen zu müssen. Indeß ist nicht vorgeschrieben, (wie in P. § 230 Abs. 3 geschehen war), daß im Spezialprozesse der Auszug stets eingereicht oder vorgelegt würde. Vielmehr hat mit Rücksicht auf die im Civilprozesse bestehende Verhandlungsmaxime das Prozeßgericht keine Veranlassung, von Amtswegen Zweifel in jener Beziehung anzuregen, sofern über das Thatsächliche unter den Parteien selbst kein Streit ist.

3) Abs. 2. Feststellungsklage. War bei der K.Eröffnung über die streitige Forderung noch kein Prozeß anhängig, so hat der Gläubiger, um den Widerspruch zu beseitigen, gegen den Bestreitenden (Verwalter oder Gläubiger) „Klage auf Feststellung" zu erheben. Ueber den Zweck der Feststellung als der gesetzlichen Beurkundung des Antheilsrechts zur Vertheilung der Masse; über den Charakter, welchen dadurch die Klage über die rein prinzipielle Entscheidung des § 231 C.P.O. hinaus gewinnt und über die Rechtstellung der Bestreitenden gegenüber dem liquidirenden Gläubiger gilt das in Anm. 1 zu § 127 Bemerkte. Der Klageantrag ist der Sachlage gemäß nicht auf Zahlung, sondern auf Feststellung betreffs der Betheiligung im K.Verfahren zu richten bez. auf Beseitigung des Widerspruchs des Bestreitenden. Anm. 1 b zu § 135. Ist ein Vorrecht streitig, so ist der Antrag auch auf Feststellung des Vorrechts zu richten. Im Falle des § 60 ist der Antrag dahin zu richten, daß die Forderung als sicherungsberechtigt (Anm. 3 zu § 60) festzustellen. Der Klagantrag ist gegen denjenigen zu richten, welcher im Prüfungstermin bestritten hat. §§ 129, 133 Abs. 1.

Der Gegenstand und die Grundlage des Feststellungsprozesses kann stets nur die Frage sein, ob dem Liquidanten die angemeldete K.Forderung gegen den G.Schuldner zusteht. Der Liquidant kann in Betreff des Grundes und Betrages seiner Forderung nichts ändern, Abs. 4. Dem Widersprechenden sind keine Beschränkungen in Betreff seiner Einwendungen auferlegt; er ist auf die von ihm im Prüfungstermine geltend gemachten nicht beschränkt. Zum Nachweise seiner Widerspruchsberechtigung hat er indeß, falls ein K.Gläubiger widersprechen will, diese seine Eigenschaft zu beweisen, wenn der Liquidant sie bestreitet. Anm. 1 zu § 132. Ebenso ist gegen den bevorrechtigten Gläubiger, welcher einen ohne Vorrecht oder mit nachstehendem Vorrecht liquidirenden Gläubiger die K.Forderung bestreiten will (entsprechend der Natur des Prozeßeintritts eines andern Gläubigers als eines sachlichen Intervenienten für den G.Schuldner) die Replik gerechtfertigt, daß ihm in solchem Falle das Interventions-Interesse und damit die Legitimation fehle, Anm. 1 zu § 127, Anm. 1 zu § 132. Der sachliche Streit kann nur zum Inhalt haben, ob die angemeldete Forderung begründet ist. Der widersprechende Verwalter ist hierbei hinsichtlich des Inhalts seiner Abwehr der Anmeldung in keiner Weise beschränkt. Als Regel gilt auch für den widersprechenden Gläubiger: er kann, indem er die Forderung bestreitet, derselben Einreden jeder Art entgegensetzen, um nachzuweisen, daß der Beanspruchende gegen den G.Schuldner keine Forderung habe und nicht K.Gläubiger im Sinne des § 2 sei. Auch die Nichtigkeit von Rechtshandlungen gemäß dem § 6 kann er einwenden. Anm. 1 zu § 6. Die Regel erleidet indeß die grundsätzliche Ausnahme, daß, weil nur dem Verwalter die Verfügung über die K.Masse zusteht, § 5, der widersprechende Gläubiger keine Einwendungen entgegensetzen kann, welche das Dispositionsrecht über die K.Masse voraussetzen, also nicht Forderungen des G.Schuldners zur Kompensation entgegenstellen, Anm. 1 zu § 46, Hullmann S. 184, Wengler S. 339; und nicht eine Anfechtung von Rechtsgeschäften nach § 29 einwandsweise geltend machen. Prot. 92.

Die Klage auf Feststellung ist nach Abs. 2 „im ordentlichen Verfahren" zu erheben. In den außerordentlichen Prozeßarten: Mahnverfahren, Urkunden- oder Wechselprozeß, Schiedsgerichtsverfahren, kann daher die Feststellung nicht beantragt wer-

den. Das materielle Wechselrecht wird indeß dadurch nicht beschränkt. Die K.Forderung kann einen Wechsel ohne sonstiges Rechtsverhältniß der Interessenten zum Grunde haben und der Liquidant kann die dagegen nach Art. 82 Wechs.O. unstatthaften Einreden auch im Feststellungsprozesse ablehnen.

4) Satz 2 des Abs. 2 bestimmt den Gerichtsstand des Prozeßgerichts für die Feststellungsklage: das Amtsgericht des K.Verfahrens, und wenn sachlich nicht ein Amts- sondern ein Landgericht zuständig ist, das Landgericht des K.Gerichtsbezirks. Die Bestimmung des Gerichtsstandes (der C.P.O. § 765 entsprechend) soll zugleich dazu dienen, ein gemeinschaftliches Forum zu begründen, wenn die Klage gegen mehrere Bestreitende gerichtet wird. Anm. 1 zu § 135. Zufolge der ausschließlichen Zuständigkeit ist die Zulässigkeit der Prorogation vor ein anderes Gericht ausgeschlossen, C.P.O. § 40. Das Prozeßgericht hat von Amtswegen die Zuständigkeit zu prüfen; sie ist öffentlichen Rechts. Der Einwand ist ein solcher, auf welchen die Partei wirksam nicht verzichten kann und die sonstige Beschränkung der Partei, daß sie den Einwand vor ihrer Einlassung zur Hauptsache geltend machen müßte, findet für den ausschließlichen Gerichtsstand nicht statt. C.P.O. §§ 247 Abs. 3, 465. Vgl. R.G. 1, 438. Da durch die Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes die Vereinbarung eines anderen sich verbietet, C.P.O. § 40 Abs. 2, so ist damit auch die Unterwerfung unter ein Schiedsgericht unzulässig, vor welchem übrigens das Verfahren auch nicht das ordentliche im Sinne des Satzes 1 Abs. 2 sein würde. A.M. v. Völderndorff II. S. 348.

Ob die Sache zur sachlichen Zuständigkeit des Landgerichts oder des Amtsgerichts gehört, entscheidet sich nach G.V. §§ 23, 70, wobei jedoch die Vorschrift des nachfolgenden § 136 K.O. zu berücksichtigen ist. Wenn das Landgericht sachlich zuständig ist, ist nach den Mot. S. 365 nicht beabsichtigt, die Kammer für Handelssachen darüber entscheiden zu lassen, sondern stets die Civilkammer. Die Mot. sagen: „Eine Zuständigkeit des Handelsgerichts würde nicht zutreffen, weil die Feststellungsklage nicht gegen den G.Schuldner, und gegen den bestreitenden Verwalter oder Gläubiger nicht aus deren Geschäften zu erheben ist; im Uebrigen erscheint eine exzeptionelle Kompetenz des etwa am Ort des Konkurses bestehenden Handelsgerichts nicht zweckmäßig." Diese Bemerkungen der Motive sind freilich nicht recht zutreffend. Der Sache nach ist die Feststellungsklage stets gegen den G.Schuldner und dessen Masse, vertreten durch den Verwalter oder einen intervenirenden Gläubiger und zwar aus dem gegen den Schuldner validirenden Grunde zu erheben. Indeß mit Rücksicht auf die immerhin exzeptionelle Stellung, welche gemäß den legislatorischen Berathungen für die Kammern für Handelssachen, G.V. §§ 100 ff., bestimmt war, und mit Rücksicht darauf, daß auch bei einer auf reinen Handelsgeschäften, Wechseln ꝛc. begründeten Feststellungsklage der Anspruch stets in der Richtung auf die Feststellung, auf die Qualität einer Konkurs-Forderung, und auf die desfallsige Legitimation für den Konkurs geltend zu machen ist, würde allerdings anzunehmen sein, daß nur die Zuständigkeit der Civilkammer für Abs. 2 in Aussicht genommen und zu nehmen ist. Vgl. Hullmann S. 282; Stieglitz S. 539. (Nach dem E. der Vork. sollte das Landgericht für sämmtliche Klagen auf Feststellung zuständig sein, wenn dessen Zuständigkeit in Betreff einer der Klagen begründet ist. Diese Vorschrift ist durch Bundesrathsbeschluß beseitigt und in den E. nicht aufgenommen. Mot. 4.)

Auf die Fälle des Abs. 6 findet Abs. 2 nicht Anwendung und ist Abs. 2 deshalb als Regel jener Abweichung vorangestellt. Prot. 93.

Gemäß §§ 44, 46 d. preuß. Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 finden § 134 Abs. 2 und § 136 (also auch Anm. 3, 4) auch auf die Spezialprozesse über Liquidate in früheren vor dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkursen Anwendung.

5) Abs. 3. Aufnahme eines anhängigen Rechtsstreits zur Feststellung. War zur Zeit der K.Eröffnung über die Forderung schon ein Rechtsstreit anhängig, so ist die Feststellung durch Aufnahme des nach § 8 mit der K.Eröffnung unterbrochenen Prozesses zu bewirken. Derselbe ist natürlich nur bei dem Gerichte, bei welchem er anhängig war, aufzunehmen. Abs. 2 ist hierfür nicht anwendbar. C.P.O. § 218. Demgemäß ist ein bei der Handelskammer anhängiger Prozeß auch bei dieser aufzunehmen. Ein im Urkunden- oder Wechselprozesse anhängiger Rechtsstreit ist folgerecht in diesem Verfahren zunächst aufzunehmen; indeß sachgemäß die Umleitung zum ordentlichen Verfahren nach C.P.O. § 559 zu beantragen, um alsbald zur Feststellung, d. h. zur definitiven Beseitigung des Widerspruchs, § 132, zu gelangen; denn ein nach C.P.O. § 562 mit Vorbehalt der Rechte des Verurtheilten ergangenes Urtheil ist dafür nicht genügend. War der Prozeß im Mahnverfahren anhängig, so muß, nachdem die Forderung als K.-Forderung streitig geworden, die Aufnahme durch Klage gemäß C.P.O. §§ 633, 636, 637 erfolgen; der Widerspruch gegen die Feststellung (§ 132) ist zugleich Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl im Sinne der C.P.O. §§ 634, 637. Ließe der Liquidant die Frist im Falle des § 637 verstreichen, ohne Klage zu erheben, so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit; er kann dann also den nicht mehr anhängigen Prozeß auch nicht mehr aufnehmen, macht sich also den für seine Anmeldung im Abs. 3 vorgeschriebenen Weg, um zur Feststellung zu gelangen, unmöglich und wird folgerecht zunächst von Neuem anmelden müssen. War der Prozeß bei einem Landgerichte anhängig, so bleibt dasselbe nach C.P.O. § 235 Nr. 2 zuständig, auch wenn mit Rücksicht auf den Konkurs jetzt nach § 136 das Amtsgericht an sich zuständig sein würde.

Haben Konkursgläubiger gegen die angemeldete rechtshängige Forderung Widerspruch erhoben, so muß nach Abs. 3 auch ihnen gegenüber der gegen den G.Schuldner anhängige Prozeß aufgenommen werden. Mit Unrecht findet Schultze jur. Grundl. S. 102 ff. darin eine inkonsequente Konstruktion, da die Gläubiger doch nicht Successoren des G.-Schuldners hinsichtlich des gegen diesen geführten Prozesses seien, sondern in ihrem Widerspruch nur ihren eigenen K.Anspruch entgegensetzen. Indeß auf Grund ihres eigenen Rechts sind sie eben Intervenienten des G.Schuldners, vgl. Anm. 1 zu § 127, und es entspricht dieser ihrer Rechtsstellung vollständig, daß der gegen den G.Schuldner anhängige Prozeß auch ihnen gegenüber bez. von ihnen aufzunehmen ist, wie auch sonst unterbrochene Prozesse rücksichtlich der Intervenienten durch Aufnahme ihren Fortgang haben. Zur Aufnahme hat der Gläubiger an Stelle des G.Schuldners den bestreitenden Verwalter bez. die bestreitenden Mitgläubiger laden zu lassen und den Klageantrag gemäß der Rechtslage (vgl. vorst. Anm. 3) zu modifiziren, was nach C.P.O. § 240 zulässig ist und zur Erwirkung der Feststellung dem Begriffe derselben entsprechend nothwendig ist, Mot. 366. Prot. 92, 93. Die Ausdehnung des Antrags auf die Feststellung eines etwa beanspruchten Vorrechts ist nach C.P.O. § 240 Nr. 2, 3 ebenfalls zulässig. — War zur Zeit der K.Eröffnung bereits ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl ergangen, so kommt für die Verfolgung der Feststellung nicht Abs. 3, sondern Abs. 6 zur Anwendung.

Nicht berührt durch Abs. 3 ist die zulässige Verfolgung des Anspruchs gegen den G.Schuldner selbst, um gegen diesen einen nach der K.Beendigung verwendbaren exekutorischen Schuldtitel zu erlangen. Anm. 3 zu § 132. Will der Gläubiger den Anspruch zugleich gegen den bestreitenden G.Schuldner verfolgen, so ist der Antrag gegen diesen ebenfalls entsprechend zu modifiziren. Hat der G.Schuldner den Anspruch im Prüfungstermine nicht bestritten und wird derselbe für die K.Masse festgestellt, so erlangt der Gläubiger durch die Feststellung auch gegen den G.Schuldner einen exekutorischen Schuldtitel, ohne daß es einer Aufnahme des Prozesses gegen den G.Schuldner selbst bedarf. § 152 Abs. 2.

6) Abs. 4. Identität des geprüften Grundes und Betrages für die Verfolgung der Feststellung. Sowohl für den Fall der Aufnahme eines Rechtsstreits, Abs. 3, als auch für eine neue Anmeldung und Feststellungsklage, Abs. 2, ist das Resultat der Feststellung gemäß Abs. 4 nur zu erreichen, wenn die Entscheidung auf dem angemeldeten Grunde der Forderung beruht; — entsprechend den wesentlichen Erfordernissen einer Anmeldung, § 127 Satz 1. Der Zusatz in Abs. 4, daß außer der Angabe in der Anmeldung die Angabe im Prüfungstermine maßgebend ist, betrifft offenbar den Fall, daß gemäß § 130 Abs. 1, 2 eine Aenderung erfolgt und zur Prüfung zugelassen ist. Entscheidend ist also stets der geprüfte Grund und der geprüfte Betrag. Die Feststellung kann nicht auf einen anderen Schuldgrund gestützt und nicht auf einen höheren Betrag gerichtet werden. Um allen Betheiligten die zulässige Mitwirkung zu sichern, kann keine Forderung zur Klage gebracht werden, welche nicht vorher der vorschriftsmäßigen Prüfung unterworfen war, § 10. Es genügt nicht eine Identität der eingeklagten mit der angemeldeten Forderung im Allgemeinen (vgl. R.O.H. 5, 427, 428), sondern auch das Fundament muß identisch sein. Einer Aenderung des Grundes kann die exc. mutati libelli entgegengesetzt werden, C.P.O. § 230 Nr. 2. Dem Gläubiger steht sowohl für einen anderen Grund, als für eine Erweiterung der Forderung nur eine neue Anmeldung frei. Mot. 366. Wird eine Forderung aus anderem Grunde angemeldet, als aus dem in einem anhängigen Prozesse schon geltend gemachten, so kann selbst bei vorhandener allgemeiner Identität der gemeinten Forderung mit der früher anhängigen die neu angemeldete nicht als anhängig angesehen, also auch nicht im Wege der Aufnahme, Abs. 3, sondern nur durch neue Feststellungsklage, Abs. 2, zur Feststellung gebracht werden. Entscheidend ist hierfür überhaupt, ob die geprüfte Forderung im Sinne der C.P.O. §§ 235, 240 rechtshängig war.

7) Abs. 5. Besondere Gerichte und Verwaltungsstellen. Für Forderungen, deren rechtsverbindliche Geltendmachung nur vor einem der nach G.V. §§ 13, 14 bestellten bez. zugelassenen „besonderen Gerichte" verfolgt werden kann, bleibt dies Gericht zuständig, nicht das im Abs. 2 bezeichnete; und findet auch nicht das ordentliche Verfahren, sondern das vor diesem besonderen Gerichte zulässige Verfahren statt. E.G. z. G.V. § 3.

8) Ansprüche, welche gemäß der Landes- oder Reichsgesetzgebung nur durch Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte verbindlich festgesetzt werden können (G.V. § 13), unterliegen der Festsetzung derjenigen Behörden, welche ohne Rücksicht auf das K.Verfahren zuständig sind. Wenn die Festsetzung der Verwaltungsbehörde bereits einen vollstreckbaren Titel enthält, worüber die Reichs- bez. Landesvorschriften entscheiden, so bleibt diese auch für die K.Feststellung maßgebend; der widersprechende Verwalter oder Gläubiger hat dann nur das Recht, den Widerspruch seinerseits in Gemäßheit der landesgesetzlichen Vorschriften im Verwaltungs- oder im Rechtswege vor den darnach zuständigen Behörden zu verfolgen. Es findet dann § 134 Abs. 6 Anwendung. Prot. 93. Vgl. P. § 234. Insofern hinsichtlich der Entscheidung über ein streitiges Vorrecht nicht das Gericht, sondern besondere Behörden zuständig sind, ist deren Zuständigkeit auch für die Wirkung der K.Feststellung zu berücksichtigen. Insoweit indeß die Zuständigkeit der Gerichte über die Frage des Vorrechts anderen Gläubigern gegenüber nicht ausgeschlossen ist, — in Preußen besteht eine solche Ausschließung hierüber nicht — hat das nach allgemeinen Grundsätzen zuständige Prozeßgericht über diese rein privatrechtliche Frage der vermögensrechtlichen Konkurrenz verschiedener Gläubiger zu entscheiden. In allen Fällen des Abs. 5 hat aber nur eine, dem angemeldeten Betrage und Grunde (Abs. 4) entsprechende Festsetzung die Wirkung einer Feststellung der Forderung im Sinne des § 132. Für Preußen vgl. Ges. v. 3. Juli 1875, G.S. S. 375; Ges. v. 26. Juli 1876, G.S. S. 297; Ges. v. 19. März 1881, G.S. S. 155, 179. — Ges. v. 24. Mai 1861 betr.

Rechtsweg, G.S. S. 241; Verordn. betr. Kompetenzger. v. 1. August 1879, G.S. S. 573; Ges. v. 26. Juli u. 2. Aug. 1880, G.S. S. 291, 315.

9) Abs. 6: Widerspruch gegen einen vollstreckbaren Titel. Abs. 6 ist Zusatz der Vork. In Betreff derjenigen Forderungen, für welche der Liquidant bereits zur Zeit der K.Eröffnung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte, haben Verwalter und andere K.Gläubiger zwar ebenfalls das Widerspruchsrecht. Zur Geltendmachung bez. Beseitigung des Widerspruchs ist jedoch ein abweichendes Verfahren vorgeschrieben. Der Liquidant hat nicht nöthig, die Feststellung zu betreiben. Der gegen den G.Schuldner vor der K.Eröffnung erlangte vollstreckbare Schuldtitel bleibt an sich rechtsgültig und maßgebend auch gegenüber den K.Gläubigern und dem Verwalter, unbeschadet des Anfechtungsrechts, welches dem Verwalter etwa (des Schuldtitels ungeachtet, § 28) zusteht. Es ist vielmehr Sache des Widersprechenden, seinerseits den Widerspruch gegen die Anmeldung zu verfolgen. Er kann dies (abgesehen von einer auf Anfechtung gegründeten Klage des Verwalters) nur an Stelle des G.Schuldners unter denselben Formen und Rechtsbehelfen, wie der G.Schuldner dem Schuldtitel widersprechen könnte, wenn kein Konkurs schwebte. Ein rechtskräftiges Urtheil kann nur durch Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (C.P.O. §§ 541 ff.), ein obsiegliches, aber noch nicht rechtskräftiges Urtheil nur durch Aufnahme des Rechtsstreits (§ 134 Abs. 3) in Verbindung mit Einlegung des Rechtsmittels oder Einspruchs bez. durch Fortsetzung des Streites an Stelle des G.Schuldners beseitigt werden; ein Vollstreckungsbefehl nur gemäß den Vorschriften der C.P.O. §§ 702 Nr. 4, 703, 704, 639, 640; und andere vollstreckbare Schuldtitel (C.P.O. §§ 702, 706) in Gemäßheit der Vorschriften der C.P.O. §§ 703, 705, 686, 668. Dem entsprechend hängt die Art der Verfolgung des Widerspruchs von der Lage des einzelnen Falles ab. Soweit der Widerspruch begründet gefunden wird, fällt die K.Forderung fort; mit der Zurückweisung des Widerspruchs ist die Forderung für festgestellt zu erachten. Die Verfolgung des Widerspruchs ist folgerecht nicht in den § 134 Abs. 2 bezeichneten, hier unabwendbaren, Gerichtsstande geltend zu machen, sondern in demjenigen, welcher durch die vorerwähnten Bestimmungen für die betreffenden Rechtsverfolgungen vorgeschrieben oder gestattet ist. Vgl. C.P.O. § 705 Abs. 5. Für die Klage des Verwalters zur Anfechtung eines Rechtsgeschäfts behufs Begründung des Widerspruchs sind die allgemeinen Vorschriften über den Gerichtsstand des zu Verklagenden maßgebend. Mot. 366, 367. Prot. 92, 93. Auch auf Forderungen, für welche ein im Verwaltungswege gesetzlich vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt (Steuern u. s. w.) ist bei gleicher ratio legis der Abs. 6 anwendbar, wenngleich für solche eine Vollstreckungsklausel gemäß C.P.O. §§ 662, 663 nicht ausgefertigt ist, soweit dies etwa gesetzlich unnöthig bez. unmöglich wäre. Neben den in Anm. 8 angedeuteten partikularen Bestimmungen über die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte und Verwaltungsbehörden sind hinsichtlich des Verfahrens, welches einzutreten hat, wenn schon ein vollstreckbarer Titel vorliegt, die entsprechenden Vorschriften über die administrative Zwangsvollstreckung zu berücksichtigen. Für Preußen vgl. Ausf.G. z. C.P.O. vom 24. März 1879 §§ 14, 15, und Verordnung v. 7. Sept. 1879 betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, G.S. S. 591, Kayser S. 673. Für die anderen Staaten vgl. v. Wilmowski u. Levy C.P.O. S. 732. — Wegen der Betheiligung der im Abs. 6 erwähnten Forderung an den Vertheilungen vgl. vorst. Anm. 1 und Anm. 1 zu § 140.

10) Abs. 7. Berichtigung der Tabelle. Die Sorge für die Berichtigung der Tabelle ist der obsiegenden Partei auferlegt, da dieselbe in deren Interesse liegt. Die Berichtigung ist beim K.Gerichte unter Vorlegung der entsprechenden Urkunden, Urtheile, Erklärungen u. dergl. in Antrag zu bringen. Von den konkreten Umständen hängt es ab, ob dem Antrage sofort oder nach Anhörung der Betheiligten statt zu geben ist.

Mot. 367. Die Berichtigung sowie deren Ablehnung sind „Entscheidungen“ im Sinne des § 66, wovon den Betheiligten, insbesondere auch dem Verwalter, Nachricht zu geben und wogegen sofortige Beschwerde zulässig ist. Vgl. §§ 152 Abs. 2, 179, 192.

Uebereinstimmend mit den Mot. 367 und entsprechend dem für alle streitige Forderungen bestimmenden Abs. 1 ist nicht blos nach einem geführten Prozesse, sondern überhaupt und auch in anderen analogen Fällen die Berichtigung der Tabelle von demjenigen herbeizuführen, in dessen Interesse sie liegt; insbesondere also hinsichtlich der Beseitigung eines Widerspruchs durch Zurücknahme, Vergleich u. s. w. Die obsiegende Partei ist in dieser Beziehung stets diejenige, zu deren Gunsten eine Aenderung im Inhalte der Tabelle erwirkt ist.

§ 135.

Soweit durch ein Urtheil rechtskräftig eine Forderung festgestellt[1)] oder ein Widerspruch für begründet erklärt ist,[2)] wirkt dasselbe gegenüber allen Konkursgläubigern. War der Prozeß nur[3)] gegen einzelne Gläubiger geführt, so können diese den Ersatz ihrer Prozeßkosten aus der Konkursmasse insoweit verlangen, als der letzteren durch das Urtheil ein Vortheil erwachsen ist.[4)]

E. I. 146. P. 237.

1) Im E. I. § 146 war redigirt: „Das in dem besonderen Prozesse ergehende Urtheil wirkt gegenüber allen Gemeingläubigern“. Die Vork. beschloß dafür im E. § 135 die Fassung: „Das Urtheil, durch welches eine Forderung rechtskräftig festgestellt ist, wirkt gegenüber allen K.Gläubigern“. In der R.K. fand man hierdurch die Grundsätze nicht genügend und korrekt ausgedrückt, welche nach den Erläuterungen der Regierungsvertreter maßgebend sein sollten, und es wurde daher die jetzige gesetzliche Fassung des ersten Satzes substituirt. Prot. 93—95, 173—178. Insofern nur eine Partei widersprochen hat, ist die Wirkung der Vorschrift klar; sie schließt (in allen Redaktionen) den nachträglichen Widerspruch eines anderen Gläubigers und jede Restitution aus. Während § 133 Abs. 2 hinsichtlich der festgestellten Forderungen Kreis, Zeit und Möglichkeit für einen Angriff begrenzt, so ist in Betreff der streitig gebliebenen Forderungen durch den im Prüfungstermine erhobenen Widerspruch der Kreis der Betheiligten bestimmt, zwischen welchen darüber zu entscheiden ist, ob ein Widerspruch begründet oder durch Urtheil zu beseitigen bez. ob die Forderung für festgestellt zu erklären ist. Die Gläubiger, welche bei der Prüfung nicht widersprochen haben, und vollends solche, welche damals noch nicht angemeldet hatten, also noch nicht widersprechen konnten, sind mit ihrem Widerspruche präkludirt, Anm. 1 zu § 133. Durch den ersten Satz des § 135 ist nun hinsichtlich der streitigen Forderungen die Wirkung der, selbstverständlich zwischen den durch das Prüfungsverfahren ermittelten Gegnern erfolgenden, Entscheidung in der der Konstruktion des Verfahrens entsprechenden Weise ausgedrückt. Ein nachträgliches Verfahren nach rechtskräftiger Feststellung ist (auch vor der in § 133 Abs. 2 erwähnten Tabellen-Eintragung) mit derselben Wirkung ausgeschlossen, wie durch § 133 Abs. 2 für die festgestellt-eingetragenen Forderungen, auch obgleich und wenn zur rechtskräftigen Feststellung nicht alle K.Gläubiger und insbesondere nicht die mit ihrem Widerspruche bei der Prüfung präkludirten zugezogen sind. Vgl. Anm. 3 zu § 133. Dagegen kann und soll der erste Satz des § 135 nicht die Bedeutung haben, daß es genüge, wenn durch rechtskräftiges Urtheil gegen Einen oder Einige der Widersprechenden eine Forderung für festgestellt erklärt ist, um damit auch diese Wirkung gegen andere Widersprechende bez. gegen alle K.Gläubiger d. h. für den Konkurs herbeizuführen. Der allgemeine Grundsatz, daß das Urtheil nur jus facit inter partes und der im § 132 Abs. 1 aus-

gedrückte Grundsatz, daß jeder erhobene Widerspruch beseitigt sein muß, um eine Forderung für festgestellt zu erklären, sind durch § 135 nicht modifizirt; Satz 1 trifft keine besondere Vorschrift darüber, welches Urtheil derartig qualifizirt ist, daß durch dasselbe eine Forderung rechtskräftig festgestellt ist. Nur sämmtliche Widersprechende zusammen vertreten im Sinne der §§ 132 Abs. 1, 135 die Gesammtmasse der K.Gläubiger.

Für den Fall des Widerspruchs Mehrerer liegen dem § 135 in Verbindung mit §§ 132, 134 und mit den allgemeinen Prozeßvorschriften gemäß der Erörterung in der R.K. folgende Grundsätze zu Grunde, welche allerdings auch im Gesetze ausgedrückt zu finden sind (zur Vereinfachung des Ausdrucks sind die Fälle eines vollstreckbaren Schuldtitels der Anm. 2 vorbehalten):

a. Eine streitig gebliebene Forderung ist nur dann durch Urtheil für festgestellt zu erklären, wenn der Widerspruch Aller, welche sie im Prüfungstermine bestritten haben, beseitigt ist. §§ 132 Abs. 1, 134 Abs. 1. Prot. 92.

b. Es ist nicht vorgeschrieben und nicht nöthig, daß über die Beseitigung des Widerspruchs sämmtlicher Bestreitender in einem Prozesse verhandelt und entschieden wird. Dem Anmeldenden ist unbenommen, gegen die Einzelnen in besonderen Prozessen klagbar zu werden, auch gegen Einzelne noch mit dem Prozesse zu warten. Prot. 175. Eine Zwangsstreitgenossenschaft der verschiedenen Widersprechenden in dem Sinne, daß Alle zu demselben Prozesse zugezogen werden müßten, ist in der K.O. nicht vorgeschrieben und aus der Natur der Sache nicht zu folgern. A.M. v. Völdernndorff II. S. 346, welcher nur einen Prozeß über dieselbe streitige Forderung zulässig hält. Eine Erledigung durch ein Verfahren ist unter Umständen selbst unmöglich; so wenn gegen einen vollstreckbaren Schuldtitel (§ 134 Abs. 6) ein bestreitender Gläubiger nur in dem gemäß Anm. 9 zu § 134 zulässigen Verfahren und Gerichtsstande seinen Widerspruch verfolgen muß, während der mitbestreitende Verwalter seinen Widerspruch auf Grund einer Anfechtung vor einem anderen Gerichtsstande und in einem anderen Verfahren nur geltend machen kann. Eine Vorschrift, wie sie C.P.O. § 753 Abs. 3 für den Fall der Einklagung eines exekutivisch überwiesenen Anspruchs gegen einen Drittschuldner enthält, daß alle sonst Betheiligten zum Prozesse zu laden sind, ist absichtlich nicht erlassen. Unbegründet ist auch die Theorie von Schultze Jur. Grundl. S. 101, 104 ff., daß zwar dem widersprechenden Verwalter durch ein gegen widersprechende K.Gläubiger ergangenes Urtheil nicht präjudizirt werde, und ebenso den Letzteren nicht durch ein Urtheil gegen den Verwalter; daß indeß die Entscheidung gegen alle K.Gläubiger, weil das Resultat hinsichtlich der Feststellung der streitigen Summe einheitlich sein müsse, auch nur durch einen Prozeß getroffen werden könne. Eine logische oder juristische Nothwendigkeit ist hierfür nicht vorhanden, da die Beseitigung des Widerspruchs Verschiedener auch Streitgegenstand verschiedener Prozesse sein kann. Ohnehin ist die Nothwendigkeit des einheitlichen Schlußresultats auch ebenso für die Prozesse gegen den widersprechenden Verwalter, und gegen die Gläubiger vorhanden; da es sich um die Einheitlichkeit der Feststellung der bestrittenen Forderung handelt, nicht um die Einheitlichkeit der für die bestreitenden Gläubiger zur Legitimation ihres Widerspruchs dienenden Antheilsberechtigung am K.Anspruch. Daß die Nothwendigkeit der Feststellung in einem Prozesse nicht beabsichtigt ist, ergeben die Mot. S. 368, die Erörterungen in der R.K. (Hagens) Prot. 94, 173--178, und das Fehlen jeder eine solche Nothwendigkeit bestimmenden Vorschrift. Es würde nahe gelegen haben und geboten sein, entsprechend der C.P.O. § 753 Abs. 3, 4, 5, wonach mehrere gesammtberechtigte Gläubiger zur Durchführung eines Prozesses zu laden sind, hier eine gleiche Bestimmung zu treffen, wenn dies beabsichtigt gewesen wäre.

Der Anmeldende kann also, wenn etwa der Aufenthalt eines Bestreitenden zur Zeit nicht zu ermitteln ist oder Vergleichsunterhandlungen mit ihm schweben, den Prozeß gegen

andere Bestreitende fortsetzen, und braucht überhaupt nicht gegen Alle zugleich zu klagen. Falls gegen einen der Bestreitenden eine Ediktalladung nöthig würde, wäre es durchaus unpraktisch, den Prozeß gegen die anderen Bestreitenden erst zugleich mit dem für den Abwesenden bestimmten Verhandlungstermine beginnen zu lassen. In der Regel und da der Zweck der Feststellung nur durch Beseitigung aller Widersprüche zu erreichen ist, liegt es im eigenen Interesse des Liquidanten, denselben Prozeß gegen alle Widersprechenden zugleich anzustrengen. Auch das Prozeßgericht kann nach C.P.O. §§ 138, 141 die erhobenen verschiedenen Prozesse verbinden bez. wieder trennen.

Daraus, daß neben dieser Nicht-Nothwendigkeit der Verhandlung in einem Verfahren dennoch der obige Grundsatz zu a. gilt, folgt zugleich, daß der Antrag und die Urtheilsfassung hinsichtlich der einzelnen Widersprüche, sofern nicht über den zuletzt nur noch streitig gebliebenen zu erkennen ist, nicht unbedingt dahin zu richten ist, daß die Forderung für festgestellt zu erklären, sondern nur relativ, daß sie hinsichtlich des Widerspruchs der Prozeßpartei für festgestellt zu erachten bez. daß der Widerspruch der Partei für beseitigt zu erklären ist. Den verschiedenen Widersprechenden gegenüber können an sich auch verschiedene Urtheile ergehen; sowohl die Legitimation eines Widersprechenden, als die verschiedene Entgegenstellung von Einwendungen und Beweisführungsverschiedenheiten können andere Resultate rechtfertigen; der Verwalter kann auf Grund einer Anfechtung oder Kompensation obsiegen, während dem widersprechenden Gläubiger gegenüber an sich die bestrittene Forderung als solche nachgewiesen sein mag. Jedenfalls kann, wenn der Widerspruch auch nur in einem der Spezialprozesse für begründet erklärt ist, dem Gläubiger auch das (frühere oder spätere) Gewinnen der anderen Spezialprozesse zur Erwirkung der Feststellung nichts helfen. — Sollte ein Urtheil in einem solchen Spezialprozesse unbedingt auf Feststellungserklärung hinsichtlich der streitigen Forderung gerichtet sein, während nach der Tabelle auch von Anderen widersprochen ist, über deren Widerspruch noch nicht entschieden ist, so würde das Urtheil, welches die streitenden Parteien bezeichnen muß und nur inter partes wirkt, gegen die übrigen Widersprechenden nicht wirksam sein und nur dahin ausgelegt werden müssen, daß die Feststellung durch den Widerspruch der Urtheilsparteien nicht gehindert werden soll. Hullmann S. 279; v. Sarwey S. 576; Stieglitz S. 540.

c. Sofern hinsichtlich der Feststellung gegen mehrere Bestreitende in demselben Prozesse verhandelt wird, kann das Resultat der Feststellung allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich im Sinne des § 59 C.P.O. bestimmt werden. Für einen desfallsigen Prozeß finden daher die Vorschriften der C.P.O. §§ 59, 434 (unter Berücksichtigung der freien richterlichen Beweiswürdigung hinsichtlich der Erklärungen Einzelner, § 259) statt. Eine Streitgenossenschaft im Sinne des § 58 C.P.O. ist nicht vorhanden. Die Forderung kann hinsichtlich der Endwirkung nicht einzelnen K.Gläubigern gegenüber als festgestellt gelten und Anderen gegenüber als nicht festgestellt. Wenn auch nur in Folge des Widerspruchs Eines der Bestreitenden die angemeldete Forderung als nicht begründet zu erachten ist, so ist sie für nicht festgestellt zu erklären und sofern dies rechtskräftig festgestellt ist, daß ein Widerspruch begründet ist, erübrigt sich ein fernerer Streit mit anderen Betheiligten. Vgl. Prot. 91—95, 173—178.

2) Dieselben Grundsätze, welche in Anm. 1 erörtert sind, finden auch Anwendung, wenn nicht der Anmeldende die Feststellung, sondern der Widersprechende den Widerspruch zu verfolgen hat, § 134 Abs. 6, 5 (Anm. 9, 8). Jeder Widersprechende kann einzeln seinen Widerspruch verfolgen. Wird nur der Widerspruch Eines der Widersprechenden unbegründet erklärt, so ist dadurch die Verfolgung der anderen Widersprechenden nicht beseitigt. Wird jedoch auch nur auf den Widerspruch Eines der Anspruch für unbegründet erklärt, so wirkt dies zur Beseitigung der Feststellung zu Gunsten aller K.Gläubiger. Demgemäß ist durch § 135 zugleich ausgedrückt, daß für die dem

Abs. 6 § 134 unterliegenden Forderungen bei der Vertheilung nach §§ 140, 155 Nr. 1 Antheile nicht mehr zu berechnen sind, wenn der Widerspruch gegen die Forderung für begründet erklärt ist. Prot. 175, 176. Ein Antrag in der R.K., im Falle des § 134 Abs. 6 durch gerichtsseitige Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters den mehreren Widersprechenden die Verfolgung des Widerspruchs zu erleichtern, ist abgelehnt. Den Betheiligten bleibt überlassen, ihre Operationen zu beschließen und darüber, soweit wünschenswerth, sich zu einigen.

3) Wer von den streitenden Parteien im Feststellungsprozesse die Kosten zu tragen hat, ist im Prozesse nach den allgemeinen Grundsätzen, C.P.O. §§ 87 ff., zu entscheiden. Soweit darnach der Verwalter zur Tragung bez. Erstattung von Prozeßkosten verpflichtet ist, sind dieselben Masseschulden, § 52 Nr. 1. Soweit widersprechende Gläubiger Kosten zu tragen haben, gehören sie zu den ihnen für ihre Theilnahme am Verfahren erwachsenden Kosten, deren Erstattung sie nach § 56 Nr. 2 weder als Konkurs-, noch als Massegläubiger fordern können. — Eine Ausnahme hiervon bestimmt Satz 2 des § 135. Er giebt für den Fall, daß Gläubiger durch ihre Prozeßführung im Feststellungsverfahren der Masse einen Vortheil — durch Verringerung des Gesammtschuldenbetrages — bereiten, den Gläubigern das Recht auf Ersatz der aufgewendeten „Prozeßkosten" (nicht anderer Aufwendungen oder Bemühungen) aus der K.Masse bis zur Höhe dieses Vortheils. Dieser Anspruch des Gläubigers ist, wenn begründet, ein Masseanspruch und gehört zu § 52 Nr. 3. Ist im Prozesse neben Gläubigern oder neben einem Gläubiger auch der Verwalter als Mitbestreitender betheiligt, so findet der zweite Satz nicht Anwendung, weil dann die ratio dafür (nützliche Verwendung) fortfällt. Natürlich ist er aber anwendbar, wenn der Prozeß zwar nicht gegen mehrere einzelne Gläubiger, aber nur gegen einen Gläubiger geführt war.

4) Die Erstattung ist nur bis zur Höhe des für die Masse erwachsenden Vortheils, also des für die Masse geretteten Dividendenbetrages und nicht vor dessen Ermittelung zu verlangen. Die Erstattungspflicht des Gegners wird durch die Vorschrift nicht berührt.

§ 136.

Der Werth des Streitgegenstandes eines Prozesses über die Richtigkeit[1]) oder das Vorrecht[2]) einer Forderung ist mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldenmasse von dem Prozeßgerichte nach freiem Ermessen festzusetzen.[3])

E. I. 147.

1) Nach G.V. §§ 23, 70 ist das Amtsgericht (soweit die Zuständigkeit nicht ohne Rücksicht auf den Werth geordnet ist) zuständig, wenn der Werth des Streitgegenstandes 300 Mark nicht übersteigt; sonst das Landgericht. Zur Beseitigung der Mißstände der preuß. Praxis, nach welcher für die Spezialprozesse der gesammte Nominalbetrag der streitigen Forderung maßgebend bleibt (Ges. v. 15. März 1858 Art. 1 Nr. 9), soll nach § 136 nur derjenige Werth maßgebend sein, welcher sich mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungsmasse (Aktivmasse II. Tit. 3) zur Schuldenmasse ergiebt, also die voraussichtlich für die Forderung zu erwartende Dividende. Der Kläger hat in der Klage nach C.P.O. §§ 230 Abs. 3, 456 den Werth des Streitobjekts mit Rücksicht hierauf anzugeben. Das angegangene Prozeßgericht hat dann (nach mündlicher Verhandlung, nicht per decr.) den Werth festzusetzen (vgl. Anm. 3). Der Gegner kann einen anderen Werth angeben und darauf den Einwand der sachlichen Unzuständigkeit des Gerichts gründen, C.P.O. § 247. Das Prozeßgericht bestimmt den Werth unter Berücksichtigung jenes Verhältnisses „nach freiem Ermessen". Würde die zu erwartende Dividende eine erheblich geringere, wenn die in Klage begriffene Forderung festgestellt würde, als wenn sie ab-

gewiesen werden müßte, so ist nur der geringere Prozentsatz als der für die eingeklagte Forderung erstrebte und erreichbare Werth maßgebend; der für die übrigen Forderungen resultirende Betrag ist nicht Streitgegenstand. Hängt die Dividende für die eingeklagte Forderung von anderen Prozessen (oder auch von der Verwerthung der Aktivmasse) ab, so bleibt nur übrig, den Werth nach präsumtivem Ermessen zu schätzen. Durch diese Vorschrift sind die Bestimmungen der C.P.O. §§ 2—9, welche der K.Feststellung nicht besonders Rechnung tragen, ergänzt und modifizirt.

Wenn das Landgericht angegangen ist und (ohne einen Einwand oder nach Verwerfung des Einwandes der sachlichen Unzuständigkeit) erkannt hat, so kann dessen Urtheil „nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen ist". C.P.O. § 10. War das Amtsgericht angegangen, so kann auch gegen dessen Entscheidung über den Werth bez. über die sachliche Zuständigkeit Berufung erfolgen. Der Berufungsrichter hat dann hinsichtlich der Festsetzung, welche eine thatsächliche Würdigung enthält, dasselbe freie Ermessen, wie der erste Richter.

2) Ist das Vorrecht streitig, so kommt das Verhältniß der Netto-Theilungsmasse zu der gemäß dem Vorrechte beanspruchten Stelle unter den Schulden in Betracht. Reicht darnach die Theilungsmasse zur vollen Befriedigung der Bevorrechtigten aus, so besteht der Werth im Nominalbetrage der Forderung.

3) Das Prozeßgericht hat für die Feststellungsklage gemäß § 134 Abs. 2 mit Rücksicht auf die sich darnach bestimmende ausschließliche Zuständigkeit, § 134 Abs. 2, diese selbst und daher auch den Werth von Amtswegen zu prüfen, Anm. 4 zu § 134. Die Festsetzung ist für die Zuständigkeit des Gerichts sowie für die Berechnung der Kosten (Ger.-Kost.-Ges. § 9) von Einfluß. Ist indeß der Feststellungsprozeß (für oder gegen die Feststellung) entschieden, so hat die Festsetzung des Werthes keinen Einfluß darauf, wie viel den Gläubigern im Konkurse zu vertheilen ist, ebenso nicht für die Rechte und das Verfahren nach dem Konkurse § 152.

Fünfter Titel.

Vertheilung.

Für die Beschleunigung der Vertheilung hatte im Gegensatze zum gemeinrechtlichen Verfahren, nach welchem zuvor die Verwerthung der gesammten Masse nebst der komplizirten Klassifikation aller Gläubiger abzuwarten ist, die preuß. K.O. v. 1855 wesentlich dadurch gesorgt, daß mit der Beseitigung einer Menge von Vorrechten, der Ausscheidung der Hypotheken aus dem Verfahren und mit dem hierdurch ermöglichten Wegfalle einer Gesammt-Klassifikation die Vornahme von Abschlagsvertheilungen vor der Schlußvertheilung nach dem Vorgange des französischen Verfahrens eingeführt wurde. Die K.O. hat das System der Abschlagsvertheilungen von Hemmnissen noch dadurch befreit, daß die Scheidung der Verwaltung in eine einstweilige und definitive sowie die fast regelmäßige doppelte allgemeine Anmeldefrist fortgefallen ist. Die Feststellung der Berücksichtigung der bedingten und unbestimmten Forderungen und der Ansprüche auf fortlaufende Hebungen ist ferner durchgreifender in der K.O. (§§ 59—63) schon mit der Anmeldung und Prüfung verbunden und nicht erst (wie in der P.) dem Vertheilungsverfahren vorbehalten. Zugleich vermeidet die Behandlung solcher Forderungen in der K.O. für viele Fälle die Bildung der gemäß der P. nöthigen und die Schlußvertheilung verzögernden Spezialmassen. Auch im Vertheilungsverfahren selbst hat die K.O. eine anerkennenswerthe Verbesserung der P. herbeigeführt. Nach letzterer war ein vollständiger, die einzelnen Hebungen berechnender, Vertheilungsplan aufzustellen, welcher nachher noch der

Erörterung hinsichtlich der berücksichtigten und nicht berücksichtigten Forderungen und dem Hinzutreten anderer Konkurs= bez. Masse=Gläubiger ausgesetzt war und darnach häufig umgearbeitet werden mußte. Die K.O. leitet dagegen die Vertheilung damit ein, daß der Verwalter zunächst nur ein Verzeichniß der zu berücksichtigenden Forderungen, deren Gesammtsumme und den verfügbaren Massenbestand bekannt giebt (§ 139). Die Berücksichtigung kann dann binnen präklusivischer Fristen durch Geltendmachung von Einwendungen erörtert und durch Hinzutreten von anderen Forderungen oder Führung von Nachweisen erweitert werden. Nach dem Ablauf dieser Fristen wird erst der zu zahlende Betrag und zwar für Abschlagszahlungen der zu zahlende Prozentsatz beschlossen. §§ 140—148. Der Prozentsatz wird bekannt gemacht und kann darnach jeder zu Berücksichtigende selbst seinen Summenantheil berechnen. Nicht nur K.Gläubiger, sondern auch Massegläubiger, deren Ansprüche erst nachher dem Verwalter bekannt werden, sind von der Berücksichtigung für den zur Zeit zu vertheilenden Massebestand ausgeschlossen, §§ 147, 159. Die unläugbare Verbesserung dieses Verfahrens besteht darin, daß die Erörterung und Ergänzung hinsichtlich der zu berücksichtigenden Forderungen der Beschließung und Berechnung der Antheile bez. des Prozentsatzes vorangehen muß, und eine spätere Umrechnung nicht stattzufinden braucht. Mot. 369—372.

In den Mot. 372 ist ferner hervorgehoben: An die Stelle der Summenvertheilung sei eine Dividendenvertheilung gesetzt, d. h. anstatt der disponiblen Theilungsmasse der Gesammtbetrag der theilnahmeberechtigten Forderungen zum bestimmenden Rechnungsfaktor gemacht, so daß auf die Theilungsmasse ein annähernd nach deren Betrage zu berechnender fester Prozentsatz angewiesen wird. Dabei wird auf das Beispiel Englands hingewiesen, welches das System dieser Dividendenvertheilungen längst eingeführt habe und nachzuahmen sei. Dies System ist bewährt, indeß auch für Preußen seit der P. K.O. v. 1855 nicht neu, sondern in täglicher Uebung gewesen. Kein Verwalter, — wenn nicht etwa er selbst oder sein mathematischer Gehülfe, der Kalkulator, ganz besonders ungeschickt war, — hatte zumal für eine Abschlagszahlung einen Theilungsplan in Gemäßheit der P. anders angelegt, als auf Grund der Berechnung von Prozenten bez. von Dezimalbruchtheilen von Prozenten. Neu ist nur, daß diese sich von selbst empfehlende mathematische Operation jetzt gesetzlich für Abschlagszahlungen vorgeschrieben ist, und daß der Verwalter dabei nur den Prozentsatz bekannt zu geben hat, nicht den darnach zu berechnenden Summenbetrag, welchen er freilich für sich behufs der Auszahlung ebensowohl berechnen muß, wie der Gläubiger.

§ 137.

Nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins soll,[1] so oft hinreichende baare Masse vorhanden ist, eine Vertheilung an die Konkursgläubiger erfolgen.[2]

E. I. 149. P. 239. 253.

1) So wie das Feststellungsverfahren zur urtheilsmäßigen Festsetzung der geltend gemachten Konkursforderungen führt, wenngleich nicht in einem Gesammturtheil und auch nicht immer in den Urtheilsformen des ordentlichen Verfahrens der C.P.O., sondern je nach den gesonderten Entscheidungen und Dispositionen über die einzelnen Forderungen in der außerordentlichen Form eines Verzeichnisses (Tabelle) und der Vermerke in demselben; so führt auch das Vertheilungsverfahren der K.O. zur urtheilsmäßigen Bestimmung der den einzelnen Forderungen aus der K.Masse zu gewährenden Beträge §§ 146, 150; und zwar ebenfalls nicht in einer Gesammt=Entscheidung, sondern auf Grund eines außerordentlichen Verfahrens in gesonderten Festsetzungen, deren Verbindung die Gesammtentscheidung im Anschlusse an die Tabelle in Verzeichnißform darstellt,

§ 139. Die materielle Grundlage bilden neben dem Faktor der verfügbaren Masse die Feststellungen der Forderungen; die formelle Grundlage giebt das vom Verwalter aufzustellende Verzeichniß der Forderungen, welche für die Vertheilung zu berücksichtigen sind, und die in Gemäßheit der Erklärungen, Nachweise bez. Präklusion der Betheiligten, sowie der Spezialentscheidungen über Streitpunkte erfolgenden Ergänzungen oder Berichtigungen dieses Verzeichnisses. Die K.O. unterscheidet vorläufige Abschlagsvertheilungen, §§ 137, 146—148; die das Konkursverfahren beendende Schlußvertheilung, §§ 149—151, wenn die Verwerthung der Masse beendigt ist; und als ausnahmsweise Fortsetzung der Letzteren noch eine Nachtragsvertheilung, § 153. Das Verfahren bei den Abschlagsvertheilungen und bei der Schlußvertheilung unterscheidet sich nur dadurch, daß für die letztere, nicht aber für die Abschlagsvertheilungen die Genehmigung des Gerichts nöthig ist, § 149, daß als Präklusionszeitpunkt für Einwendungen gegen das Verzeichniß für die Abschlagszahlungen das Ende einer Frist, für die Schlußvertheilung das Ende des Schluß-Termins dient, § 146, 150, und daß für die Abschlagsvertheilungen ein bestimmter Prozentsatz festzusetzen ist, § 147, während für die Schlußvertheilung das Verhältniß sich dadurch ergiebt, daß die ganze Restmasse verhältnißmäßig zu theilen ist.

Vor dem allgemeinen Prüfungstermine soll überhaupt keine Vertheilung stattfinden, da derselbe erst die Grundlage für das Verzeichniß der zu berücksichtigenden Forderungen, welches die Prüfung voraussetzt, ermitteln soll; daher erst „nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins." Alsdann sind aber die Abschlagsvertheilungen nicht blos (wie P. §§ 239, 253) zugelassen, sondern vorgeschrieben („soll"). Das Veranlassen der Abschlagsvertheilungen als Regel ist also durch das Gesetz den Verwaltungsorganen (§ 138) als Verpflichtung auferlegt und sie machen sich durch Nichtbeachtung verantwortlich. Mot. 373. Eine Ausnahme von der Regel des § 137 ist im § 148 zugelassen.

2) Bei der Beurtheilung, welcher Betrag zur Vertheilung hinreicht, ist selbstverständlich die Befriedigung der bekannten und geltend gemachten Masse-, Aus- und Absonderungs-Ansprüche zu sichern, vgl. §§ 159, 157 und Anm. 2 zu § 3. Eine Vorschrift, daß ein bestimmter Prozentsatz zur Vertheilung verpflichten soll, ist absichtlich nicht getroffen. Die sehr verschiedene Lage der Fälle und das Interesse der K.Gläubiger für schleunige Vertheilungen sind maßgebend. Mot. 373.

Das Verfahren, welches in den §§ 137—159 behandelt wird, betrifft die Vertheilungen an die Konkursgläubiger; demgemäß sind es auch nur ihre Forderungen, Erklärungen, Nachweise und Einwendungen, wovon in diesem Titel die Rede ist. Indirekt sind indeß auch die Massegläubiger durch die Voraussetzung, daß sie gesichert sein müssen, bez. gemäß § 159 betheiligt.

§ 138.

Zur Vornahme einer Vertheilung hat der Verwalter,[1] wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen.[2]

E. I. 151. P. 241.

1) Der § 138 gilt für jede Abschlags- oder Schlußvertheilung. Der Verwalter hat zunächst zu bestimmen, daß eine Vertheilung stattfinden soll. Er kann dazu nicht gezwungen werden. Wenn die Mot. 373, 374 bemerken: das Gericht könne den Verwalter vermöge des allgemeinen Aufsichtsrechts (§§ 75, 76) und der Vorschrift des § 137 durch Ordnungsstrafen anhalten, die Vertheilung disponibler Bestände nicht pflichtwidrig zu verzögern, so ist dabei auch zu berücksichtigen, daß das Aufsichtsrecht nicht an sich dazu dienen soll, die Zweckmäßigkeit des Verfahrens zu prüfen. Mot. 306. Auch der Gläubigerausschuß kann den Verwalter auf Grund der Kontrolle (§ 80) zur

Vertheilung zwar veranlassen, aber nicht direkt zwingen. Bei der Erörterung in der R.K. wurde zwar angeregt, dem Ausschusse ein Recht dazu einzuräumen. Dies wurde indeß nicht nöthig gefunden. Prot. 100. Ist kein G.Ausschuß bestellt, so ist der Verwalter, sobald er eine Abschlagsvertheilung vornehmen will, dazu selbständig und allein berechtigt. Der Genehmigung der Gläub.-Versammlung bedarf er zu keiner Vertheilung, der Genehmigung des Gerichts nur zur Schlußvertheilung; indeß in dem besonderen Falle des § 148 kann das Gericht mit Rücksicht auf einen vorgeschlagenen Zwangsvergleich auf Antrag des G.Schuldners eine Abschlagsvertheilung aussetzen.

Für das gesammte Vertheilungsverfahren ist es der Verwalter, welcher die Initiative, die Leitung und die Sorge für den Betrieb hat. Er hat die Erklärung des Ausschusses, wenn einer bestellt ist, zu veranlassen; er muß das Verzeichniß der Forderungen aufstellen; an ihn sind Erklärungen, Nachweise, Anträge auf Ergänzung oder Berichtigung zu richten; er hat die Bestimmung des Prozentsatzes zu treffen bez. zu veranlassen und die Vertheilung auszuführen. Dem Konkursgerichte liegt lediglich die Entscheidung über Einwendungen gegen das vom Verwalter nach der „Ausschlußfrist" als vollständig hingestellte Verzeichniß ob.

2) Ist ein Ausschuß bestellt, so ist dessen Genehmigung außer der des Verwalters nöthig. Es kann im Interesse der Gläubiger liegen, eine Vertheilung aufzuschieben, weil auf einen günstigen Akkord hingearbeitet wird oder weil durch eine frühere Vertheilung sachwidrig einzelne Gläubiger thatsächlich präkludirt werden und nach § 143 später doch zu berücksichtigen sind. Sache des Verwalters ist es, die Genehmigung bez. Erklärung des Ausschusses zu veranlassen. Verweigert der Ausschuß seine Genehmigung, so kann der Verwalter die Berufung einer Gläubiger-Versammlung nach § 85 veranlassen. Hält man mit den Mot. es für zulässig, daß die G.Versammlung direkt an Stelle des Ausschusses die Genehmigung ertheilt, so würde dagegen auch die Anrufung des Veto des Gerichts gemäß § 91 zulässig sein; die Ansicht von v. Völdernbdorff II. S. 367, daß das allgemeine Veto des § 91 hier durch die spezielle Vorschrift des § 148 eingeschränkt sei, ist offenbar irrthümlich. Die Befugnisse des Gerichts aus § 91 auf Antrag des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers im gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger und aus § 148 auf Antrag des G.Schuldners in seinem Interesse bestehen neben einander. Wenn bei einer Differenz zwischen dem Verwalter und dem Ausschusse über die Vornahme einer Abschlags-Vertheilung die G.Versammlung dem Verwalter zu Gunsten derselben zustimmt, würde es praktisch immerhin zweckmäßiger sein, dies Resultat durch Wahl zustimmender Ausschußmitglieder zu erreichen, zumal der Ausschuß später noch behufs der Festsetzung des Prozentsatzes zuzuziehen ist, § 147, und gegen die Wahl von Ausschußmitgliedern ein Veto nach § 91 nicht stattfindet, Anm. zu § 91.

§ 139.

Vor der Vornahme einer Vertheilung hat der Verwalter ein Verzeichniß der bei derselben zu berücksichtigenden Forderungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen[1] und die Summe der Forderungen sowie den zur Vertheilung verfügbaren Massebestand öffentlich bekannt zu machen.[2]

E. I. 151. P. 241. ff.

1) Auch § 139 gilt, wie § 138, für jede (Abschlags- oder Schluß-)Vertheilung. Der Verwalter hat für dieselbe a. ein Verzeichniß der zu berücksichtigenden Forderungen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und b. die Summe der Forderungen und den verfügbaren Massenbestand öffentlich bekannt zu machen. — Das Verzeichniß, bestimmt die etwa nöthigen Aenderungen und Berichtigungen aufzunehmen und als

Grundlage für die Ausführung der Vertheilung zu dienen, hat sich an die Tabelle anzuschließen, weil nach dieser wieder zu bemessen ist, welche Forderungen aufzunehmen sind. Aufzunehmen hat der Verwalter die gesetzlich bei der (gerade beabsichtigten) Vertheilung „zu berücksichtigenden Forderungen." Welche Forderungen „zu berücksichtigen" sind, ist in den §§ 140 — 144 bestimmt. Demgemäß sind in das Verzeichniß die in Anm. 1 zu § 140 bezeichneten geprüften K.Forderungen aufzunehmen, also a. alle festgestellte, b. streitige, für welche ein vollstreckbrer Schuldtitel vorliegt, c. andere streitige, für welche die Prozeßverfolgung nach § 140 nachgewiesen ist. Natürlich kann der Verwalter das Verzeichniß nur mit Rücksicht auf die Resultate aufstellen, wie sie zur Zeit der Fertigung des Verzeichnisses vorliegen, vorbehaltlich der Aenderungen nach §§ 140 bis 145. Dagegen hat er Forderungen, für welche die nach §§ 140 ff. nöthigen Berücksichtigungsbeweise noch nicht beigebracht sind, (gegen v. Völdernbdorff II. S. 370) noch nicht „vorbehaltlich des Nachweises nach § 140" aufzunehmen und darf solche auch für die Gesammtsumme (vgl. Anm. 2) nicht berechnen. Als „zu berücksichtigen" sind hier alle Forderungen verstanden, für welche bei der in Rede stehenden Vertheilung eine Dividende zu berechnen ist, ohne Unterschied, ob sie dem Gläubiger sofort auszuzahlen oder noch zurückzubehalten ist. Dies ergiebt die Vergleichung der §§ 140 — 144 mit §§ 155, 156. Nach dem näheren Inhalte der §§ 141 ff., 155 bestehen insbesondere hinsichtlich der zugleich absonderungsberechtigten und der bedingten Forderungen Unterschiede in Betreff der Berücksichtigung für eine Abschlagsvertheilung und für eine Schlußvertheilung. Selbstverständlich muß der Verwalter diese Unterschiede auch bei der Aufstellung des Verzeichnisses insofern beachten, daß er nur die für die jedesmalige Art der Vertheilung zu berücksichtigenden Forderungen — diese jedoch auch sämmtlich — aufnimmt. Sie sind im Verzeichnisse unter Bezeichnung der Gläubiger und der zu berücksichtigenden Beträge anzugeben, und sofern bevorrechtigte Gläubiger noch auszuzahlen sind (vgl. § 157), diese unter Bezeichnung des zu berücksichtigenden Vorrechts besonders zu vermerken. Die Aufnahme anderer Bemerkungen und anderer Forderungen und insbesondere auch von Vermerken darüber, ob und welche Forderungen von den aufgenommenen nicht blos „zu berücksichtigen", sondern auch bei der Vertheilung sofort an die Gläubiger auszuzahlen sind und welche dagegen nur durch Zurückbehaltung zu berücksichtigen sind, ist durch § 139 nicht vorgeschrieben, für den Zweck der Vorschrift nicht nöthig, praktisch nicht rathsam und wegen der Konsequenzen gefährlich. Niederzulegen ist nach § 139 „ein Verzeichniß der bei der Vertheilung zu berücksichtigenden Forderungen"; dem ist genügt, wenn alle Forderungen, für welche die Vertheilungsdividende nach §§ 140—144 zu berechnen ist, verzeichnet sind; nur auf die „Vertheilungs-Berücksichtigung", nicht auf die Modalitäten der Auszahlung oder Zurückbehaltung haben sich die Nachweisungen, Ergänzungen und Aenderungen gemäß §§ 140—145 zu beziehen, und nur gegen ein Verzeichniß betreffs der Berücksichtigung haben sich die Einwendungen nach §§ 146, 150 zu richten. Dagegen gehört die Frage, ob und welche Antheile von den berücksichtigten noch zurückzubehalten sind, nicht diesem Abschnitte des Verfahrens an, sondern dem späteren des Vollzuges der Vertheilung; und ist mit diesem Abschnitt auch schon äußerlich in den §§ 154 — 156 abgesondert. — Der Zweck der im § 139 bestimmten öffentlichen Bekanntmachung und der Niederlegung des der Forderungssumme zu Grunde zu legenden Verzeichnisses ist: a. den Konkurs-Gläubigern die Gelegenheit zur Prüfung und zur Veranlassung der Berichtigung des Verzeichnisses zu geben (§§ 146, 150), den noch nicht zu berücksichtigenden die Erwägung nahe zu legen und zu erleichtern, ob es für sie mit Rücksicht auf das Verhältniß des Bestandes zu der Forderungssumme noch räthlich ist, ihre Betheiligung zu sichern (§§ 140 ff.), und b. diejenigen, welche nicht innerhalb der präklusivischen Fristen nach der Bekanntmachung ihre Betheiligung betrieben haben, von der Vertheilung auszuschließen (§§ 140 ff., 146, 159).

Mot. 374. Für diese Zwecke, also für den Zweck der Gläubiger, die Präklusion für ihre Berücksichtigung zu vermeiden und die Höhe ihrer Dividende zu bemessen, ist es in diesem Stadium nur wichtig, zu wissen und zu sorgen, daß für ihre Forderung und für welchen Betrag derselben die Dividende zu berechnen ist, während es auf die Präklusion keinen Einfluß hat, ob die Beträge noch zurückzubehalten sind. — Ist hiernach die Aufnahme desfallsiger Vermerke unnöthig, so ist die Unterlassung derselben schon deshalb anzurathen, damit nicht unnöthig entweder vorzeitig Erörterungen über die Art des Vollzuges der Vertheilung in einem Stadium des Verfahrens vorgebracht werden, in welches sie noch nicht hinein gehören oder aus dem Schweigen über solche Vermerke eine konkludente oder gesetzliche Präklusion der Einwendungen dagegen gefolgert wird. Das Ueberflüssige wird hier schädlich. Gefährlich werden die Vermerke über Zurückbehaltungen, wenn sie für den mit einer Zurückbehaltung nicht einverstandenen Gläubiger die natürliche Veranlassung geben, auch gegen diese Vermerke ihre Einwendungen gemäß § 146 vorzubringen und für das Konkurs-Gericht, über solche Einwendungen nach § 146 Abs. 2 zu entscheiden. Dem Stadium des Verfahrens entsprechend gehören dahin nur die Einwendungen betreffs der Frage, ob Forderungen „zu berücksichtigen" sind oder nicht. Die Frage, ob Forderungsantheile zurückzubehalten oder auszuzahlen sind, ist wie alle die Modalitäten des Vollzuges der Vertheilung betreffenden Differenzen der Entscheidung des Prozeßgerichts nicht entzogen.

Dem oben angegebenen Zwecke entsprechend ist es dagegen allerdings rathsam, mit anzugeben, wie viel von dem verfügbaren Massenbestande für bevorrechtigte Gläubiger bez. nach § 143 für früher nicht berücksichtigte Gläubiger zu verwenden ist. Den Grund der einzelnen Forderungen und den Grund, weshalb sie für die Vertheilung zu berücksichtigen sind, im Verzeichnisse anzugeben (v. Völderndorff II. S. 370), ist unnöthig. Unter den „Betheiligten", zu deren Einsicht das Verzeichniß niederzulegen ist, sind in Gemäßheit jenes Zwecks die K.Gläubiger zu verstehen; vgl. § 137. Das Verzeichniß kann sich demnach etwa auf folgende Form beschränken:

Verzeichniß der Forderungen im A.'schen Konkurse, welche zur Abschlagsvertheilung zu berücksichtigen sind:

Laufende №.	Bezeichnung der Gläubiger.	№. der Tabelle.	Zu berücksichtigender Betrag: Mark.	Pf.
I.	Berechtigte Gläubiger:	Abth. I.		
1.	Dr. H. hier § 54 Nr. 4.	Nr. 3.	100	—
2.	Geschwister S. zu Potsdam § 54 Nr. 5.	Nr. 6.	1600	50
		Summa zu I:	1700	50
II.	Nicht bevorrechtigte:	Abth. II.		
1.	Kaufmann B. hier.	Nr. 1.	600	—
2.	Rentier S. hier.	Nr. 5.	400	—
	u. s. w.	u. s. w.		
		Summa zu II:	97,000	—

B. 16. April 1881. Der Verwalter.

2) Der Verwalter hat ferner „die Summe der Forderungen und den zur Vertheilung verfügbaren Massebestand öffentlich bekannt zu machen." Die Forderungen, deren Summe bekannt zu machen ist, sind die unmittelbar vorher erwähnten bei der Vertheilung zu berücksichtigenden K.Forderungen, welche der Verwalter zur Zeit als solche anerkennt und deshalb in sein Verzeichniß aufnimmt. Dies ergiebt schon der sprachliche Zusammenhang des Satzes. Ob Aenderungen später veranlaßt werden, hat der Ver-

walter abzuwarten; er selbst hat ohne solchen Anlaß nichts zu ändern, vgl. Anm. 1 zu § 145, und muß seine Vermerke mithin so aufstellen, daß sie, wenn nicht gemäß §§ 140 ff. geändert, maßgebend bleiben können. Die „Summe der Forderungen" ist daher die Gesammtsumme aller dieser und auch nur dieser Forderungen (nicht die Summen der einzelnen Forderungen). In die Summe alle streitigen und ungewissen Forderungen einzurechnen, weil zur Zeit der Bekanntmachung noch ungewiß sei, welche Forderungen wirklich zur Vertheilung zugelassen würden (v. Völderndorff II. S. 371), würde dem Zwecke der Vorschrift, vgl. Anm. 1, widersprechen; ebenso der Stellung des Verwalters. Der Verwalter hat zu erklären, welche Forderungen er zur Zeit als zu berücksichtigen anerkennt und er verpflichtet sich durch deren Aufnahme, sie zu berücksichtigen, soweit nicht nach §§ 140 ff. eine Aenderung erfolgt. Dagegen würde die gesonderte Angabe der Summe der bevorrechtigten Forderungen und der Summe der nicht bevorrechtigten Forderungen dem Zwecke der Uebersicht allerdings entsprechen.

Zur Ermittelung des bekannt zu machenden verfügbaren Massebestandes ist natürlich vorher wenigstens ungefähr zu überschlagen, wieviel zur Deckung der Masseansprüche, der Aus- und Absonderungsrechte nöthig, wieviel namentlich für Kosten zu reserviren ist, und nur der nach Abrechnung dieser Beträge erforderliche Rest ist als verfügbarer Massebestand bekannt zu geben.

Das Verhältniß dieses Massebestandes zur Summe der nicht bevorrechtigten Forderungen ergiebt den Quotienten, welcher, wenn nicht geändert wird, die zu vertheilende Dividende darstellt. Die öffentliche Bekanntmachung muß nach § 68 erfolgen; von derselben ab (vgl. Anm. 3 zu § 140 und Anm. 2 zu § 146) werden die Ausschlußfrist und die Einwendungsfrist berechnet. Sachgemäß hat also der Verwalter — er, und nicht das Gericht hat nach § 139 bekannt zu machen — die Bekanntmachung erst zu veranlassen, nachdem das Verzeichniß beim Gerichte niedergelegt ist. Nach E. I. § 151 sollte der Verwalter die Gläubiger, deren Forderungen streitig sind, noch besonders benachrichtigen. Dies ist von der Vork. gestrichen.

Die Bekanntmachung des Verwalters, welcher die Genehmigung des Ausschusses nach § 138, falls ein solcher bestellt ist, vorausgehen muß, ist seine für ihn bindende Willenserklärung, daß er vertheilen will und wieweit er bei der Vertheilung Forderungen berücksichtigen will. Die Gläubiger erlangen dadurch dem Verwalter (bez. dem Ausschusse) gegenüber ein Recht auf die Vornahme der Vertheilung, welches nur durch die §§ 147, 148 beschränkt ist. Der Verwalter oder der G.Ausschuß können die Vertheilung nicht mehr aussetzen. — Außer den Summen der bevorrechtigten bez. nicht bevorrechtigten Forderungen und dem Massebestande noch weitere Belehrungen, Aufforderungen, Hinweisungen auf die Ausschlußfrist der §§ 140 ff. zu verbinden, ist nicht nöthig, da die gesetzlichen Folgen ohne Androhung eintreten, C.P.O. §§ 208, 209; Anm. 2 zu § 65. Sofern solche Zusätze sich nicht redaktionell durch die Bekanntmachung von selbst ergeben, sind sie schon deshalb zu vermeiden, weil die vorsichtigste Redaktion nicht alle denkbaren Fälle aufnehmen kann und nicht immer Inkonsequenzen und Mißverständnisse vermeidet. Eine Bekanntmachung, wie folgende, genügt: „Im A'schen Konkurse soll (mit Genehmigung des G.Ausschusses) eine Abschlagsvertheilung erfolgen. Dazu sind 20,000 Mk. verfügbar. Zu berücksichtigen sind 1700 Mk. bevorrechtigte und 97,000 Mk. nicht bevorrechtigte Forderungen. B. 16. April 1881. Der Verwalter."

§ 140.

Konkursgläubiger, deren Forderungen nicht festgestellt sind[1] und für deren Forderungen ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl nicht vorliegt,[2] haben bis

zum Ablaufe einer Ausschlußfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung[3] dem Verwalter den Nachweis zu führen,[4] daß und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früher anhängigen Prozesse aufgenommen ist.[5] Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt,[4] so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Vertheilung nicht berücksichtigt.[5]

E. I. 152. 153. P 241.

1) Streitig gebliebene Forderungen. Die K.Forderungen, welche bei der Vertheilung zu berücksichtigen sind, d. h. für welche die Vertheilungs-Dividende zu berechnen, sind (abgesehen von den aus den §§ 141 ff. sich ergebenden Modifikationen für den Einfluß des Rechts auf abgesonderte Befriedigung und der Abhängigkeit von einer Bedingung) im § 140 dadurch gekennzeichnet, daß negativ die Forderungen ausgeschieden werden, welche nicht zu berücksichtigen. Positiv ist für die Berücksichtigung bei allen Forderungen vorausgesetzt, daß sie bereits geprüft sind. Wie nach § 137 überhaupt erst nach dem allgemeinen Prüfungstermine eine Vertheilung stattfinden soll, und alle Gläubiger nach §§ 10, 126 ff. nur nach Anmeldung und Prüfung irgend welche Berücksichtigung im Konkurse zu erwarten haben, soweit ihnen eine solche nicht (z. B. für ein Stimmrecht) ausnahmsweise schon vorher zu Theil wird, so weisen auch die im § 140 verlangten Erfordernisse der Feststellung, bez. Feststellungsklage, darauf hin, daß eine Prüfung der Forderung stets vorangegangen sein muß, bevor sie berücksichtigt werden darf. Demgemäß sagen auch die Mot. 375, durch § 140 seien „alle noch nicht geprüften Forderungen ausgeschlossen", was darauf näher als sachgemäß nachgewiesen wird. Diese Voraussetzung ist daher auch für Forderungen festzuhalten, für welche ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt. Mit v. Völdernsdorff II. S. 375 für solche Forderungen auch ohne vorgängige Prüfung per arg. e. contrario aus § 140 die Berücksichtigung eintreten zu lassen, würde gegenüber dem System der K.O. überhaupt zu viel Gewicht auf den Wortlaut legen heißen und die allgemeinen Voraussetzungen ignoriren. Die Interpretation würde dann durch die gleiche Konsequenz e contr. dahin führen können, daß solche Forderungen auch ohne Anmeldung, etwa vom Verwalter ex officio geltend gemacht, zu berücksichtigen sind. Vielmehr ist mit Rücksicht auf § 134 Abs. 6 anzunehmen, daß, wie für „streitig gebliebene" also für geprüfte Forderungen, für welche ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt, nicht der Gläubiger, sondern der Widersprechende den Widerspruch zu verfolgen hat, um die Berücksichtigung zu hemmen, so namentlich für die Vertheilung betreffs solcher „streitigen" Forderungen dem Gläubiger die Beseitigung des Widerspruchs nicht obliegen soll. Nur diese Bedeutung wird in den Mot. 375 der besonderen Erwähnung dieser Kategorie beigemessen. Unter den „nicht festgestellten" Forderungen des § 140 sind daher streitig gebliebene im Sinne des § 134 verstanden. In deutlicherer Weise erklärte der E. I. § 152, daß die gleiche Bestimmung die Forderungen betreffe, welche „außer den unstreitigen" zu berücksichtigen seien. Gemäß der Vergleichung der Mot. zu E. I. Bd. 2 S. 111 mit Mot. S. 375 hat in dieser Beziehung nichts geändert werden sollen.

Daß festgestellte Forderungen zu berücksichtigen sind, folgte aus der Judikatwirkung der Feststellung, §§ 133 Abs. 2, 135. Den besonderen Feststellungsmodalitäten der Absonderungsberechtigten und der Bedingtberechtigten, §§ 57, 59, 60, entsprechen die Modifikationen der zur Berücksichtigung nach §§ 141 ff. nöthigen Nachweise. Demgemäß sind bei allen Vertheilungen mit der Wirkung, daß für sie die Dividende zu berechnen ist, zu berücksichtigen:

a. die festgestellten Forderungen, und zwar aa. unbedingte festgestellte auch als unbedingt antheilsberechtigt, bb. bedingte, als sicherungsberechtigt fest-

gestellte (Anm. 1 zu § 60), bez. solche bedingte und solche, für welche zugleich ein Recht auf abgesonderte Befriedigung geltend gemacht wird, in Höhe des sich ergebenden Ausfalls festgestellte (Anm. 1 zu § 57), unter den Modifikationen der §§ 141—144, 155 Nr. 2—4, 156;

b. von den streitig gebliebenen diejenigen, für welche ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt (§ 134 Abs. 6), mit der Maßgabe, daß die darauf fallenden Antheile in dem Falle, wenn in Folge des Widerspruchs bereits ein Prozeß darüber schwebt, nach § 155 Nr. 1 zurückbehalten werden (hat der Widersprechende keinen Prozeß deshalb gemäß § 134 Abs. 6 anhängig gemacht, so wird der Antheil an den Liquidanten ausgezahlt);

c. andere streitig gebliebene Forderungen (außer den zu b. bezeichneten) nur dann, wenn der anmeldende Gläubiger in Gemäßheit des § 140 die Feststellung durch Prozeß verfolgt und dies nachweist, mit der Maßgabe, daß der Antheil nach Anhängigkeit des Prozesses über die Feststellung nach § 155 Nr. 1 zurückbehalten wird.

Zur Bestimmung darüber, ob mit Recht in Gemäßheit der §§ 139—144 Beträge zur Vertheilung angewiesen sind oder werden müßten, ist mit urtheilsmäßiger Wirkung vom Konkursgerichte in dem Verfahren nach den §§ 146, 150 zu entscheiden. Das abschließende Resultat des Verfahrens über die Vertheilungsanmeldung (abgesehen von dem Vollzuge, der Ausführung der Vertheilung) geht in Folge der Wirkungen der Präklusion bez. der Entscheidung judikatmäßig dahin: die zur Vertheilung überwiesenen Beträge bleiben „vor jedem späteren Angriffe und die berücksichtigten K.Gläubiger vor jeder Rückforderung gesichert, gleichviel von wem dieselbe ausgeht und unter welchem Rechtstitel sie auftritt". Mot. 376. Vgl. § 159, 143. Unberührt ist hierdurch die Befugniß eines K.Gläubigers, sein Recht, daß er gemäß den §§ 139—142 zu berücksichtigen war, namentlich weil er die in den §§ 140—142 erforderten Nachweise geführt habe, gegen den Verwalter im Wege der §§ 146, 150 zu verfolgen. Vgl. Anm. 3 zu § 141. Der Verwalter wird mit Rücksicht auf seine persönliche Verantwortung vorsichtig prüfen müssen, ob er einen nach §§ 140—142 versuchten Nachweis als nicht geführt zurückweisen kann.

2) Der in Anm. 1 zu b. c. näher bezeichnete Unterschied der beiden Kategorien von Gläubigern beruht auf der Abweichung des § 134 Abs. 6 von der Regel des § 134 Abs. 1—5. Vgl. Anm. 1, 9 zu § 134.

3) Während durch die Versäumung der Anmeldefrist oder des allgemeinen Prüfungstermines die später meldenden Gläubiger von einer realen Berücksichtigung im Konkurse noch nicht ausgeschlossen werden, hat die im § 140 bezeichnete „Ausschlußfrist" für die praktische Betheiligung in der That die präklusivische Bedeutung „einer thatsächlichen und relativen Ausschließung" (Mot. 376) dergestalt, daß ein Gläubiger, welcher bis zum Ablaufe dieser Frist für seine Forderung nicht soweit gesorgt hat, daß er nach erfolgter Anmeldung und Prüfung entweder auf einen vollstreckbaren Titel oder auf eine Feststellung sich beziehen kann oder den Feststellungsprozeß in Gang gebracht hat, bei der bevorstehenden Vertheilung nicht betheiligt wird; und nach derselben nur, soweit dann noch Masse vorhanden bleibt. Die anderen Gläubiger haben ein Recht auf diese thatsächliche, ipso facto oder vielmehr non facto wirkende Präklusion, und aus dieser Präklusion auch ohne daß vorher eine Entscheidung, Urtheil oder Beschluß betreffs der Präklusion zu ergehen braucht. C.P.O. §§ 208, 209. Sie betrifft stets nur die vorzunehmende Vertheilung, kann nach § 143 beim Vorhandensein entsprechender Masse geheilt werden, und wirkt als endgültige Ausschließung nur, wenn die Ausschlußfrist der Schlußvertheilung versäumt wird.

Die Frist, in der K.O. technisch als „Ausschlußfrist" bezeichnet, ist auch für die §§ 141—143, 148 und mit der Verlängerung um eine Woche für den § 146 maßgebend.

Sie beginnt mit dem Zeitpunkte, mit welchem nach § 68 die Bekanntmachung als bewirkt gilt, ist als gesetzliche Frist nach C.P.O. § 202 Abs. 2 nicht richterlich zu verlängern und nach C.P.O. § 200 zu berechnen. Die Gerichtsferien und damit auch C.P.O. § 201 haben auf die Fristen im K.Verfahren keinen Einfluß. G.V. § 204. Von dem Einflusse einer Parteienvereinbarung auf die Frist, entsprechend dem § 202 Abs. 2 C.P.O., kann nicht die Rede sein, da die K.O. für ihr Verfahren Aller unter Allen keine sich gegenüberstehenden Parteien im Sinne des ordentlichen Civilprozesses kennt. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nach Versäumung der Frist nicht zulässig, weil die Frist keine Nothfrist ist, C.P.O. § 211, Anm. 2 zu § 65.

4) Der Nachweis ist „dem Verwalter" „rechtzeitig" bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist zu führen. Eine Einreichung der Beweisstücke beim Konkursgericht ist dafür völlig bedeutungslos und ersetzt (gegen v. Völderndorff II. S. 376, 377) in keinem Falle den dem Verwalter zu führenden Nachweis; das Gericht soll hiermit nichts zu thun haben und steht gesetzlich für die zeitige Erfüllung der Bedingung des § 140 nicht zum Verwalter im Verhältnisse eines majus zum minus.

In welchen Formen, ob schriftlich, mündlich bez. durch welche Beweismittel dem Verwalter der Nachweis geführt wird, ist zur Wahrung der Frist unerheblich. Es genügt an sich, daß derselbe in irgend welcher Weise überzeugt ist. Zur Deckung seiner eigenen Verantwortlichkeit wird er jedoch die Nachweismittel zu seinen Akten verlangen müssen. Zu den Gerichtsakten braucht ein Nachweis nicht zu kommen. Ist der Verwalter selbst Partei, so ist ihm durch die an ihn selbst erfolgte Zustellung bewiesen, vgl. Anm. 5. Ist dem Verwalter der Nachweis geführt, so hat der Gläubiger ein durch Einwendung gemäß §§ 146, 150 zu verfolgendes Recht auf entsprechende Berücksichtigung, und unterliegt es, falls der Verwalter bestreitet, in diesem Verfahren der richterlichen Beweiswürdigung, ob der Nachweis geführt ist. Ebenso in den Fällen der §§ 140, 141 Abs. 2, 142 Abs. 2. Die Betheiligung anderer Gläubiger bei einem Verfahren über die Zulassung in den Fällen der §§ 140—142 ist durch die §§ 145, 146 ermöglicht. In dem nach §§ 146 Abs. 2, 150 Abs. 2 vorgesehenen Verfahren können sie dem Verwalter als Nebenintervenienten beitreten bez. selbständig eine Zulassung bestreiten.

5) Die Erhebung der Feststellungsklage muß nach C.P.O. § 230 dahin nachgewiesen werden, daß dem zu Verklagenden die Klage zugestellt ist; die Aufnahme eines schon anhängigen Prozesses (§ 134 Abs. 3) durch den Nachweis der Zustellung des Aufnahme-Schriftsatzes nach C.P.O. § 227. Vgl. auch § 143. Haben Mehrere der Forderung widersprochen, so ist es gemäß der Ausdrucksweise im § 155 Nr. 1 (welcher zur Beurtheilung der Voraussetzungen und Wirkungen betreffs der Betheiligung streitiger Forderungen mit § 140 zu kombiniren ist) zur Berücksichtigung der Forderung unter Zurückbehaltung des Antheils genügend, wenn die Forderung in Folge des Widerspruchs überhaupt, also wenngleich nur einem Widersprechenden gegenüber im Prozesse befangen ist. Stieglitz S. 560, v. Sarwey S. 597. A.M. Hullmann S. 290. Eine Auszahlung hängt indeß in den Regelfällen der Abs. 1—5 § 134 von der Beseitigung des Widerspruchs Aller, im Falle des Abs. 6 § 134 von der Erfolglosigkeit der wirklichen Verfolgung der Widersprechenden ab; vgl. Anm. 1 zu § 155.

§ 141.

Gläubiger, von welchen abgesonderte Befriedigung beansprucht wird,[1] haben bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist[2] dem Verwalter[3] den Nachweis ihres Verzichts oder ihres Ausfalls nach Maßgabe des § 57 zu führen.[4] Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Vertheilung nicht berücksichtigt.[5]

Zur Berücksichtigung bei einer Abschlagsvertheilung genügt es, wenn bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist dem Verwalter der Nachweis,[6] daß die Veräußerung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben ist, geführt[7] und der Betrag des muthmaßlichen Ausfalls glaubhaft gemacht wird.[8]

E. I. 66. 153. P. 39. 185. 247. 248.

1) Hinsichtlich der Behandlung der Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung beanspruchen, namentlich also auch der Hypotheken- und Mobiliar-Pfandgläubiger in ihrer Stellung als K.Gläubiger, vgl. Anm. 1 zu § 57. In Betreff ihrer Berücksichtigung bei der Vertheilung sind die §§ 141, 143, 144, 155 Nr. 3 zu verbinden. Davon betrifft § 141 Abs. 1 jede (Abschlags- oder Schluß-) Vertheilung, mit der Einschränkung, welche der zweite Satz des Abs. 1 durch den Abs. 2 § 141 erleidet. Die §§ 141 Abs. 2, 143, 155 Nr. 3 betreffen die Abschlagsvertheilungen und der § 144 das Verhältniß einer Abschlagsvertheilung zur Schlußvertheilung.

Die für alle K.Forderungen hinsichtlich ihrer Berücksichtigung bei der Vertheilung im § 140 gegebenen Vorschriften sind auch für die zugleich absonderungsberechtigten Forderungen anwendbar; und außerdem treten noch die in den vorgedachten Paragraphen bestimmten Erfordernisse hinzu. Die Forderungen müssen also, um berücksichtigt zu werden, gemäß der allgemeinen Regel (Anm. 1 zu § 140) angemeldet und geprüft, und entweder in Höhe des sich ergebenden Ausfalls festgestellt oder entsprechend dem § 134 Abs. 6 vollstreckbar sein, oder, wenn weder festgestellt noch vollstreckbar, gemäß §§ 140, 155 Nr. 1 durch den Nachweis der Prozeßanhängigkeit mit Rücksicht auf den Widerspruch sich die für alle streitige Forderungen nöthige Berücksichtigungsfähigkeit gesichert haben. Außerdem sind für die Absonderungsforderungen mit Rücksicht auf die Qualität als Ausfallsforderung im § 141 Erfordernisse aufgestellt, und zwar verschiedene a. für die Berücksichtigung bei einer Abschlagsvertheilung mindestens die in Abs. 2 angegebenen, b. für die Berücksichtigung bei der Schlußvertheilung die Erfordernisse des Abs. 1. Für Abschlagszahlungen genügt der Nachweis, daß die Veräußerung des Absonderungsgegenstandes betrieben wird und die Glaubhaftmachung des muthmaßlichen Ausfalls; ist diesen Erfordernissen entsprochen, so sind die Antheile zu berechnen, aber zurückzubehalten, § 155 Nr. 3. Für die Schlußvertheilung kann nur eine derartige Berücksichtigung eintreten, daß eine Zurückbehaltung aus dem Grunde des Absonderungsrechts in keinem Falle erfolgt; dazu ist unbedingter Verzicht des Gläubigers auf abgesonderte Befriedigung oder Nachweis des Ausfalls nöthig, § 141 Abs. 1; und hängt von diesen selben Nachweisen innerhalb derselben für die Schlußvertheilung bestehenden Ausschlußfrist auch ab, ob die bei früheren Abschlagszahlungen nach § 141 Abs. 2 zurückbehaltenen Beträge an den Gläubiger bei der Schlußvertheilung gezahlt werden oder ob sie ihm niemals gezahlt werden und in die Masse zurückfallen, § 144.

2) Von der Ausschlußfrist in Abs. 1 und 2 gilt hier dasselbe, was in Anm. 3 zu § 140 bemerkt ist.

3) Ueber die dem Verwalter (nicht dem Konkursgerichte, a.M. v. Völderndorff II. S. 379) zu führenden Nachweise gilt auch hier das in Anm. 4 zu § 140 Bemerkte.

4) Abs. 1: Verzicht oder Ausfall. Führt der Gläubiger rechtzeitig d. h. innerhalb der Ausschlußfrist den Nachweis, daß und mit welchem Betrage er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist oder daß und zu welchem Betrage er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, so ist für ihn dieser Betrag bei der Vertheilung als K.Forderung zu berücksichtigen, und die darauf fallende Dividende ist ihm auszuzahlen. Dies gilt sowohl für die Schluß- als für jede Abschlagsvertheilung.

Der Verzicht muß dazu, dem § 57 entsprechend, eine ausdrückliche und unbedingte rechtsverbindliche Erklärung des zur Verfügung berechtigten Gläubigers oder eines legitimirten Vertreters desselben sein, wodurch derselbe sein Recht auf abgesonderte Befriedigung vorbehaltlos aufgiebt, und zwar eine dem Verwalter als dem gesetzlichen Vertreter des G.Schuldners gegenüber abgegebene Erklärung. In der Regel wird daher der Verzicht mit dem dem Verwalter zu führenden Nachweise des Verzichts identisch sein. Was zu einem rechtsverbindlichen wirksamen Verzichte nöthig, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Soweit dazu z. B. für die Beseitigung eines Hypothekenrechts im Grundbuche besondere Formen (Beglaubigungen) nöthig sind, müssen auch diese erfüllt sein. Die zur Vertretung im Konkursverfahren aufgestellte Vollmacht reicht zum wirksamen Verzichte nicht aus. Hierfür kann auch insbesondere nicht § 77 C.P.O. entsprechend zur Geltung gebracht werden. Die in diesem § 77 erwähnte „Verzichtleistung auf den Streitgegenstand" betrifft nur den vom Verfahren betroffenen „Streitgegenstand", also für das Konkursverfahren entsprechend die angemeldete Konkursforderung, nicht aber das nach § 3 K.O. außerhalb des K.Verfahrens fallende Recht auf abgesonderte Befriedigung. Die Legitimation eines verzichtenden Vertreters muß also eine derartige sein, wie sie für die Beseitigung des Absonderungsrechtes außerhalb des K.Verfahrens nach der konkreten Sachlage nöthig ist. Hinsichtlich der Wirkung nach dem Konkurse vgl. Anm. 3 zu § 57.

Der Ausfall muß nachgewiesen sein. Ein unbedingter Nachweis ist namentlich für Hypotheken erst durch die Kaufgelderbelegungsverhandlung in der Subhastation zu führen. Indeß wird der Gläubiger schon früher, sobald er den Kaufpreis kennt, seinen Ausfall bez. dessen Höhe berechnen und demgemäß durch Verzicht seine Betheiligung an der K.Masse herbeiführen können.

5) Abs. 1 Satz 2. Führt der Gläubiger den Nachweis des Ausfalls oder Verzichts nicht rechtzeitig, so ist die Forderung für die Vertheilung als K.Forderung überhaupt nicht mit zu berechnen. Dies gilt jedoch unbedingt nur für die Schlußvertheilung. Dagegen ist dieser zweite Satz des Abs. 1 für den Fall, daß es sich um eine Abschlags-Vertheilung handelt, durch den Abs. 2 eingeschränkt.

6) Abs. 2. Für Abschlagsvertheilungen gestattet Abs. 2 geringere Erfordernisse, um eine provisorische kautionsartige Berücksichtigung zu ermöglichen. Wird das Betreiben der Veräußerung des Absonderungsobjekts nachgewiesen, d. h. das Veranlassen derjenigen Schritte, welche nach der Sachlage nöthig sind, um die Veräußerung herbeizuführen (vgl. Anm. 7), so ist der muthmaßliche Ausfallsbetrag der Forderung (vgl. Anm. 8) als K.Forderung bei der Abschlagsvertheilung unter die vertheilungsberechtigten Forderungen aufzunehmen. Der Antheil dafür ist aber nach § 155 Nr. 3 zurückzubehalten und an den Gläubiger erst dann zu zahlen, wenn und soweit er den Ausfall oder seinen Verzicht nach § 141 Abs. 1 nachweist. Thut er dies bis zur Schlußvertheilung nicht, so ist bei dieser nach § 144 zu Gunsten der Vertheilung unter die anderen K.Gläubiger über den zurückbehaltenen Antheil zu verfügen, und der Absonderungsberechtigte verliert dann sein Recht nicht nur auf vorläufige Berücksichtigung, sondern auf Berücksichtigung überhaupt einschließlich des Empfanges des früher Zurückbehaltenen. — In der R.K. wurden wiederholt Anträge gestellt, den Absonderungsberechtigten auch nach der Schlußvertheilung noch für ein ferneres Jahr die vorläufig berechneten Antheile zu erhalten bez. für den Ausfall oder Verzicht noch ein ferneres Jahr Frist zu geben; bez. Anträge, den Immobiliar-Pfandgläubigern die Antheile dann zu erhalten, wenn die Veräußerung betrieben, aber bis zur Schlußvertheilung noch nicht beendigt ist. Die Anträge wurden jedoch abgelehnt. Der Konkurs soll nicht zu Gunsten der Absonderungsberechtigten über den sonst sachlich zur Schlußvertheilung und Beendigung nöthigen Zeitpunkt hinaus verlängert werden. Es bleibt ihnen überlassen, ganz

oder theilweise auf die abgesonderte Befriedigung zu verzichten oder der Betheiligung als K.Gläubiger zu entsagen. Prot. 100—104, 178—183.

7) Betreiben der Veräußerung. Zur Führung des im Abs. 2 nachgelassenen Beweises ist nur der Nachweis nöthig, daß die Veräußerung des Absonderungsgegenstandes betrieben ist; nicht, daß der Liquidant selbst sie betreibt. Es genügt also das Betreiben anderer Absonderungsberechtigter oder auch des Verwalters selbst. Ein Betreiben des Verwalters liegt auch schon dann vor, wenn er gemäß dem § 117 Abs. 2 dem Gläubiger eine Frist zur Verwerthung bestimmen läßt, v. Sarwey S. 600; Stieglitz S. 563, 564. Jeder Antrag auf Zwangsvollstreckung beginnt das Betreiben der Veräußerung. Es genügt zum Nachweise des Betreibens indeß auch schon die Anhängigkeit einer auf Gestattung der Zwangsvollstreckung in das Pfandobjekt gerichteten Klage, welche zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels behufs der Veräußerung vorangehen muß.

Die betagten und bedingten Hypotheken- oder Mobiliar-Pfandforderungen oder sonstigen Absonderungsansprüche werden für die abgesonderte Befriedigung nicht durch den Konkurs fällig oder in ihrer Einziehbarkeit geändert. Anm. 2 zu § 58. Sofern deshalb die Veräußerung zu betreiben nicht möglich ist, kann natürlich auch der Nachweis gemäß Abs. 2 nicht geführt werden und der Gläubiger eine Betheiligung nicht erwirken.

8) Ueber das „Glaubhaftmachen" s. Anm. 2 zu § 97. Zur Erreichung der Berücksichtigung gemäß Abs. 2 ist außer dem Nachweise des Betreibens das Glaubhaftmachen des Ausfalls nöthig. Beides muß dem Verwalter gegenüber geschehen, unbeschadet der Befugniß des Gläubigers, sein Recht, falls er dem Abs. 2 genügt hat, im Prozeßwege geltend zu machen und dabei der Beweiswürdigung des Prozeßgerichts zu unterbreiten, daß er seinen Ausfall glaubhaft gemacht hat. Vgl. Anm. 4 zu § 140.

§ 142.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung[1] werden bei einer Abschlagsvertheilung zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Forderung fallen würde.[2]

Bei der Schlußvertheilung findet ihre Berücksichtigung nur statt, sofern dem Verwalter bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird,[3] oder soweit der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war.[4]

E. I. 69. 162. P. 86. 250. Nr. 1.

1) Forderungen unter auflösender Bedingung werden auch bei der Vertheilung, gemäß dem Grundsatze des § 59, „wie unbedingte" im Sinne der §§ 139, 140 „berücksichtigt"; es gelten dafür die allgemeinen Grundsätze. Eine Ausnahme in Betreff der Berücksichtigung, d. h. der Berechnung als antheilsberechtigt ist deshalb nicht gemacht, sondern nur die im § 155 Nr. 4 bestimmte für die Zurückbehaltung.

Hinsichtlich der Behandlung der unter aufschiebender Bedingung Berechtigten und der dazu gehörigen regreßberechtigten Bürgen und Mitschuldner vgl. Anm. zu § 60. In Betreff ihrer Betheiligung bei Vertheilungen sind die §§ 142, 144, 155 Nr. 2, 156 zu berücksichtigen. — Auch für die aufschiebend bedingten Forderungen bleiben, wie für die Ausfallsforderungen des § 141, die allgemeinen Grundsätze betreffs der Berücksichtigung bei der Vertheilung maßgebend. Für die streitig gebliebenen kommt also § 140 neben den Vorschriften des § 142 zur Anwendung. Vgl. Anm. 1 zu § 141. Die Grundsätze über den Einfluß einer aufschiebenden Bedingung auf die Vertheilung beruhen darauf, daß während des Schwebens der Bedingung bis zur Schlußvertheilung (diese

ausgeschlossen) die Dividende für die Forderung mit berechnet, aber zurückbehalten wird, und daß, wenn bei der Schlußvertheilung die Bedingung noch nicht eingetreten ist, eine fernere Berücksichtigung (durch Zurückbehaltung) nur erfolgt, wenn der G.Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheitsleistung hinsichtlich der bedingten Forderung verpflichtet war.

2) Abs. 1. Abschlagsvertheilungen. Für die Berücksichtigung, d. h. die Berechnung der Antheile ist die aufschiebende Bedingung bei Abschlagsvertheilungen zu ignoriren. Die Forderung ist, soweit sie als „sicherungsberechtigt" gemäß § 60 festgestellt oder, wenn streitig, gemäß § 140 verfolgt wird, als vertheilungsberechtigte Forderung zur Berechnung zu ziehen. Der darauf fallende Antheil ist aber nach § 155 Nr. 2 zurückbehalten, und an den Gläubiger nur zu zahlen, wenn und soweit er den Eintritt der Bedingung nachweist, §§ 144, 142 Abs. 2. Ist dies auch bei der Schlußvertheilung nicht geschehen, so bleibt er bei dieser nur dann noch ferner zurückbehalten, soweit der G.Schuldner hinsichtlich der bedingten Forderung rechtlich (und nicht blos nach der K.O. prozessualisch) zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war. §§ 144, 142 Abs. 2, 155 Nr. 2.

3) Abs. 2. Schlußvertheilung. Ist entschieden, daß die Bedingung nicht eintritt, so ist die Forderung beseitigt. Ist die Bedingung vor der Schlußvertheilung eingetreten, so ist die Forderung eine unbedingte; der Zurückbehaltungsgrund des § 155 Nr. 2 fällt damit fort und auf den hierüber dem Verwalter zu führenden Nachweis sind die bei Abschlagsvertheilungen zurückbehaltenen Beträge den Berechtigten auszuzahlen. Der Abs. 2 bestimmt dieselbe, für die §§ 140, 141 maßgebende, Ausschlußfrist als den regelmäßigen Endzeitpunkt, bis zu welchem die Bedingung eingetreten und der Eintritt nachgewiesen sein muß, um dem Bedingt-Berechtigten Berücksichtigung zu Theil werden zu lassen. Wenn nicht, so ist ihm bei der Schlußvertheilung nicht nur nichts zu zahlen, sondern auch die bei Abschlagszahlungen früher zurückbehaltenen Beträge sind zur allgemeinen Vertheilung unter die anderen Berechtigten zu verwenden, § 144. Von der Ausschlußfrist und von dem, dem Verwalter zu führenden Nachweise gilt das in Anm. 3, 4 zu § 140 Bemerkte. Außer diesem früheren Eintritte der Bedingung und dessen Nachweise findet ausnahmsweise eine fernere Berücksichtigung nur statt im Falle einer Verpflichtung des G.Schuldners zur Sicherheitsleistung, Anm. 4.

4) Sicherheitsverpflichtung. Zur Begründung des Rechts auf Berücksichtigung, sofern bei der Schlußvertheilung die Bedingung noch nicht eingetreten ist, genügt nicht die im § 60 für die Zeit während des Konkurses ausgesprochene konkursprozessualische Berechtigung zur Sicherheit, sondern gemäß § 142 Abs. 2 nur ein Rechtsverhältniß, vermöge dessen der G.Schuldner dem Gläubiger hinsichtlich der Forderung zur Sicherheitsleistung verpflichtet war. Nach dem Systeme der Begründung der Konkursforderungen und der Sicherungsrechte für dieselben, §§ 2, 12, ist entscheidend, ob diese Verpflichtung zur Zeit der K.Eröffnung bereits begründet war. Ob unmittelbar auf Grund eines Gesetzes oder auf Grund freiwilliger Bestimmung, begründet (abgesehen von einer etwanigen Anfechtung der Letzteren) keinen Unterschied. Im Uebrigen entscheidet darüber das bürgerliche Recht. Der Konkurs soll eine solche Verpflichtung nicht begründen. Wegen der Vorschriften des preuß. A.L.R. über Verpflichtungen zur Sicherheitsleistung vgl. Anm. 2 zu § 60. Wenn die Bedingung nicht eingetreten, der G.Schuldner aber gesetzlich zur Sicherheitsleistung verpflichtet war, so ist der Antheil nach § 155 Nr. 2 auch bei der Schlußvertheilung zurückzubehalten und findet dann § 156 Anwendung. Solchen Forderungen sind auch die im § 201 bezeichneten Gläubiger gleichgestellt. Anm. 3 zu § 201. In Betreff der Kompensation mit einer bedingten Forderung vgl. § 158.

Nach der Wortfassung des Abs. 2 ist der Ausschluß der Berücksichtigung bei der Schlußvertheilung nur hinsichtlich des Eintritts der Bedingung an den Nachweis vor Ablauf der Ausschlußfrist geknüpft; dagegen im Falle einer Kautionsverpflichtung die

Berücksichtigung von einem Nachweise in der Ausschlußfrist nicht abhängig gemacht. Dem Systeme der K.O. gemäß vgl. Anm. zu § 146, muß indeß auch für den Nachweis dieser Verpflichtung die Ausschlußfrist als präklusiwisch erachtet werden. Vgl. auch Mot. 374. Die Nichthervorhebung beruht hier darauf, daß im Gegentheil die K.O. davon ausgeht, diese Verpflichtung werde schon im früheren Stadium des Verfahrens bei der Prüfung der Forderungen erörtert, Anm. 4 zu § 129.

§ 143.

Gläubiger, welche bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigt worden sind,[1] können nachträglich, sobald sie die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt haben, die bisher festgesetzten Prozentsätze[2] aus der Restmasse verlangen,[3] soweit diese reicht[4] und nicht in Folge des Ablaufs einer Ausschlußfrist für eine neue Vertheilung zu verwenden ist.[5]

E. I. 155. P. 254. 255.

1) Nachzahlung von Abschlagsdividenden an Nachzügler. Im § 143 ist die Betheiligung derjenigen K.Gläubiger geregelt, welche bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigt sind, weil sie ihre Forderungen noch nicht angemeldet hatten, oder dieselben noch nicht geprüft waren, oder die in den §§ 140, 141 verlangten Nachweise bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist nicht geführt sind. Solche Gläubiger können den bei der Abschlagsvertheilung berücksichtigten Gläubigern ihre Antheile nicht entziehen, sondern haben nur das im § 143 bewilligte Recht. Der Grundsatz der P. §§ 254, 255, sie bei späteren Vertheilungen nur derartig zuzulassen, daß bei ihnen der volle Betrag, bei den schon früher berücksichtigten Forderungen nur der nach Abzug des Empfangenen verbleibende Rest für die Dividendenberechnung zu Grunde gelegt wird, ist nicht adoptirt.

Das Recht solcher Nachzügler geht dahin, daß dieselben für die K.Gläubiger festgesetzten Prozentsätze der K.Forderungen (§ 147) ihnen für ihre Forderungen aus der übrigen Masse vorweg gezahlt werden, soweit dazu Masse vorhanden ist (Anm. 4), das Recht von ihnen geltend gemacht wird (Anm. 3) und nicht bereits wieder behufs einer neuen Vertheilung präkludirt ist (Anm. 5). Ob die frühere Versäumung der Vorschriften behufs ihrer Berücksichtigung eine verschuldete oder unverschuldete war, oder ob nur eine oder mehrere Abschlagsvertheilungen versäumt wurden, begründet keinen Unterschied. Voraussetzung ist jedoch, daß der Nachzügler die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt hat; wodurch dann nach § 142 Abs. 1 auch den nöthigen Nachweisen für die Betheiligung von bedingten Forderungen bei Abschlagsvertheilungen Genüge geschehen ist. Der Nachzügler muß also, wie § 140 voraussetzt, seine Forderung angemeldet und zur Prüfung gebracht haben und, wenn sie streitig geblieben und nicht durch einen vollstreckbaren Schuldtitel gedeckt sind, die Prozeßverfolgung nach § 140 nachweisen; sowie für die Ausfallforderungen eines Absonderungsberechtigten dem § 141 entsprechen. Daß die nach §§ 140, 141 erforderlichen Nachweise in einer neuen Ausschlußfrist beigebracht werden müßten, ist offenbar nicht beabsichtigt, sondern nur, daß dieselben sachlichen „Bedingungen der Berücksichtigung", wie sie §§ 140, 141 bestimmen, vorliegen, vgl. Mot. 378. Wörtlich könnten die Vorschriften der §§ 140, 141 nur in der bereis vergangenen Ausschlußfrist erfüllt sein, was nachher unmöglich ist; durch die Zeitbestimmung für das Recht: „sobald sie die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt haben", ist diese Zeit der Fristbestimmung der §§ 140, 141 substituirt.

2) Für bevorrechtigte Forderungen sind natürlich die Prozentsätze zu zahlen, welche für sie nach ihrem Vorrechte festgesetzt sind bez. aus der früheren Festsetzung mit Rücksicht auf das Vorrecht sich ergeben. War also für die nachstehenden Forderungen irgend ein

Antheil festgesetzt, so erhalten die Bevorrechtigten den vollen Betrag von 100 Prozent aus der Restmasse vor einer ferneren Berücksichtigung Anderer.

3) Die Berechtigten müssen die nachträgliche Zuweisung verlangen. Von Amtswegen ist ihnen nichts zuzuweisen. Mot. 378. Das Verlangen ist durch die Anmeldung noch nicht ausgedrückt. Es ist an den Verwalter als den zur Verfügung über die Restmasse Berechtigten zu stellen.

4) Bei der Beurtheilung, wie weit die Restmasse reicht, sind für dieselbe die aus früheren Vertheilungen etwa freiwerdenden oder zurückfließenden Beträge (§§ 144, 153) mit zu berechnen. Zugleich ist zu berücksichtigen, daß die noch etwa vorhandenen Masseansprüche nicht verkürzt werden. Vgl. Anm. 3 zu § 159. Zur Vermeidung von Regressen würde die Auszahlung in Form einer ferneren Vertheilung nach § 139 zu ordnen sein, und auch nicht blos, wie die Mot. 378 meinen, „nach Analogie des § 139 eine Bekanntmachung vorhergehen zu lassen"; denn behufs der Präklusion für den § 159 ist eine blos analoge oder theilweise Anwendung der Vorschriften nicht genügend.

Daß die Restmasse reicht, ist Voraussetzung für das Recht auf Nachzahlung. Ist unbedingt hinreichende Masse vorhanden, so kann und soll der Verwalter sofort zahlen bez. durch Zurückbehaltung berücksichtigen; das folgt aus dem Rechte der Gläubiger: sie können die Sätze „verlangen". Ist es zweifelhaft, ob und wieweit die Masse reicht, und ist namentlich zu fürchten, daß die Masse durch die Nachdividende des § 143 erschöpft oder für Massegläubiger (§ 159) in Anspruch genommen wird, so ist der Verwalter zu einer sofortigen Zahlung bez. Berücksichtigung nicht verpflichtet. Er kann dann sachgemäß die Suffizienz oder Insuffizienz der Masse nur in den Formen der Schlußvertheilung, § 149, unter Bekanntmachung nach § 139, feststellen; eine sofortige solche Feststellung, ob die Masse reicht, kann der Nachzügler nicht verlangen. Für den Nachweis der Voraussetzung seines Rechts auf Nachdividende kann er nicht Experimente des anderen Theils als sein Recht beanspruchen. Hullmann S. 292, Petersen S. 426. A.M. v. Völderndorff II. S. 388. Wird eine Bekanntmachung erlassen bez. eine Vertheilung bestimmt, so sind die Kosten dafür dach § 51 Nr. 1, 2 stets Massekosten.

Reicht für mehrere nachträgliche Anträge die Restmasse nicht aus, so ist sie pro rata bez. nach der gesetzlichen Rangordnung zu vertheilen. Mot. 378. Eine Priorität verschiedener Nachzügler unter einander nach der Zeitfolge ihres Verlangens ist durch § 143 (gegen Hullmann S. 292) nicht begründet; maßgebend ist nicht, wieweit die Restmasse zur Zeit des Verlangens reicht, sondern wieweit sie zur Zeit der entsprechenden Befriedigung des Verlangens reicht. Die Zeit des Verlangens bildet kein Präklusionsmoment für die Beurtheilung der Frage, ob die Masse reicht; vgl. § 159.

5) Ist eine neue Vertheilung beabsichtigt und für diese die Ausschlußfrist schon abgelaufen, so sind alle für dieselbe zu berücksichtigenden K.Gläubiger berechtigt, deren Vollziehung zu fordern. Auf die hierzu nöthige Masse kann dann nicht mehr ein Nachtragsanspruch aus § 143 geltend gemacht werden.

§ 144.

Die Antheile, mit welchen Gläubiger nach Maßgabe des § 141 Abs. 2 oder des § 142 Abs. 1 bei Abschlagsvertheilungen berücksichtigt worden sind, werden für die Schlußvertheilung frei, wenn bei dieser die Voraussetzungen des § 141 Abs. 1 oder des § 142 Abs. 2 nicht erfüllt sind.[1])

E. I. 153. 162.

1) Die Erläuterungen der Vorschrift des § 144 und ihr Einfluß auf die Schlußvertheilung bei Ausfallsforderungen von Absonderungsberechtigten und bei aufschiebend bedingten Forderungen sind in Anm. 6 zu § 141 und Anm. 2, 3, 4 zu § 142 bemerkt.

§ 145.

Binnen drei Tagen nach dem Ablaufe der Ausschlußfrist hat der Verwalter die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erforderlichen Aenderungen des Verzeichnisses zu bewirken.[1)]

E. I. 157. 158. P. 242. ff.

1) Der Verwalter hat das nach § 139 bei der Gerichtsschreiberei niedergelegte Verzeichniß zu ändern, oder ein abgeändertes Verzeichniß bei der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Die Frist von drei Tagen ist bemessen, damit auch gegen das abgeänderte Verzeichniß gemäß § 146 noch zeitig Einwendungen erhoben werden können. Mot. 378, 379.

Der Verwalter kann im Verzeichnisse nur die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen, d. h. der §§ 140—144 „erforderlichen Aenderungen" vornehmen. Durch die Natur seiner Erklärung bleibt sie für ihn verbindlich, soweit nicht auf Grund der vorstehenden Bestimmungen eine Aenderung erforderlich ist. Dem Zwecke der Mittheilung des Verzeichnisses würde es widersprechen, wenn der Verwalter an den von den Gläubigern eingesehenen Vermerken noch ändern wollte, ohne daß die §§ 140—144 dazu Anlaß gaben.

Nach Ablauf der im § 145 bestimmten drei Tage kann der Verwalter das Verzeichniß überhaupt nicht mehr ändern. Gegen das Verzeichniß, wie es nach drei Tagen nach dem Ablaufe der Ausschlußfriß besteht, sind die Einwendungen nach §§ 146, 150 zu richten; die Gläubiger, welchen ohnehin sonst eine sachgemäße Wahrung ihrer Rechte unmöglich ist, haben ein Recht darauf, daß das für ihre Einwendungen die gesetzliche Voraussetzung bildende Verzeichniß unverändert bleibt, und nur den Abänderungen unterliegt, welche durch die nach §§ 146, 150 zulässigen Einwendungen herbeigeführt werden. Die Erledigung dieser Einwendungen schließt dann das Verzeichniß behufs der Ausführung endgültig ab. Hullmann S. 293. A.M. v. Völdernborff II. S. 393; Wengler S. 579.

§ 146.

Bei einer Abschlagsvertheilung sind Einwendungen gegen das Verzeichniß[1)] bis zum Ablaufe einer Woche nach dem Ende der Ausschlußfrist[2)] bei dem Konkursgerichte zu erheben.[3)]

Das Gericht entscheidet über die Einwendungen.[3)] Die Entscheidung, durch welche eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird, ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.[4)] Die Beschwerdefrist beginnt mit dem Tage, an welchem die Niederlegung der Entscheidung erfolgt ist.[5)]

E. I. 158. P. 242. ff.

1) Die §§ 146—148 enthalten besondere Bestimmungen für Abschlagsvertheilungen, die §§ 149, 150 für Schlußvertheilungen. Im § 146 ist das Verfahren für Einwendungen gegen das Gläubigerverzeichniß des Verwalters bestimmt.

Die Einwendungen sind gegen das Verzeichniß, wie es gemäß § 145 aufgestellt ist, zu richten; sie können indeß sowohl gegen die Abänderungen (§ 145) als gegen das hierdurch nicht berührte ursprüngliche Verzeichniß (§ 139) gerichtet werden. Jeder Gläubiger kann nicht nur hinsichtlich einer gänzlichen oder theilweisen Nichtberücksichtigung seiner eigenen Forderung auf Grund der Feststellung bez. der §§ 140—144 Einwendungen erheben, sondern auch dagegen, daß ein anderer Gläubiger berücksichtigt ist, weil Jeder

durch die Betheiligung der Uebrigen berührt ist (abgesehen vom Verhältnisse der etwa Bevorrechtigten zu Nachstehenden). Die Verletzung der Grundsätze der §§ 140 ff., die Nichtänderung des ursprünglichen Verzeichnisses ungeachtet der rechtzeitig in der Ausschlußfrist geführten Nachweise, die erfolgten mit den Gesetzen bez. der Sachlage nicht übereinstimmenden Aenderungen, die Nichtübereinstimmung der Tabelle und des Verzeichnisses, Irrthümer der Vermerke und dergleichen können Inhalt der Einwendungen sein. Dagegen kann ein Gläubiger in der Einwandsfrist (Anm. 2) nicht noch die mit der Ausschlußfrist bereits präkludirten Nachweise beibringen, was vielmehr selbst Gesetzverletzung wäre, Anm. 3 zu § 140. Ebenso ist eine Einwendung gegen die Vornahme einer Vertheilung überhaupt nicht statthaft; zu einem Widerspruche hiergegen ist den Gläubigern nach §§ 138, 149 überhaupt kein Recht gegeben. Dem § 146 unterliegen stets nur Einwendungen „gegen das Verzeichniß" „der bei der Vertheilung zu berücksichtigenden Forderungen", also nur Einwendungen betreffs der Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung, nicht auch betreffs der Auszahlung oder Zurückbehaltung von Antheilen. Vgl. Anm. 1 zu § 139.

Zu Einwendungen gemäß § 146 berechtigt sind nur Konkursgläubiger, da nur für diese das Vertheilungsverfahren besteht, § 137; und zwar dem Verhältnisse des Einzelnen zur Vertheilung entsprechend nur solche, welche bei der Vertheilung interessirt sind (also nicht ungeprüfte oder schon befriedigte) und welche ein rechtliches Interesse zu den Einwendungen (betreffs der Forderungen Anderer oder ihrer eigenen) haben, mithin nicht bevorrechtigte Gläubiger gegen nachstehende. — Der Gegner für die Einwendungen ist der Verwalter, welcher das angegriffene Verzeichniß aufgestellt hat, in seiner Eigenschaft als Vertreter des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse im gemeinsamen Gläubiger-Interesse. Außerdem können andere Gläubiger nach Maßgabe ihres Interesses und ihrer bestreitenden Erklärungen Gegner sein.

2) Für die Einwendungen bei Abschlagsvertheilungen ist im § 146 eine Einwandsfrist im Anschlusse an die Ausschlußfrist gegeben; bei der Schlußvertheilung sind abweichend die Einwendungen im Schlußtermine vorzubringen, § 150. Die Frist des § 146 dient nur für die Erhebung der nach der Ausschlußfrist noch zulässigen Einwendungen gegen das Verzeichniß; mit dem Ablaufe der Frist werden die Einwendungen (indeß nur für die vorzunehmende Vertheilung) präkludirt. Die Frist ist präklusivisch, C.P.O. §§ 208, 209, und hat, abgesehen von der verschiedenen Zweckbestimmung, denselben Karakter wie die Ausschlußfrist. Vgl. Anm. 3 zu § 140.

3) Verfahren. Die bei dem Konkursgerichte, also im amtsgerichtlichen Verfahren, zu erhebenden Einwendungen, Abs. 1, sind schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzubringen. C.P.O. § 457. Das Konkursgericht hat als solches, also nicht als Prozeßgericht, zu entscheiden. Es findet nicht das ordentliche Civilprozeßverfahren statt. Soweit in den beiden letzten Sätzen des Abs. 2 nicht Abweichungen bestimmt sind, sind die §§ 65, 66 anwendbar. Die Entscheidung kann also ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Falls aber durch Verhandlung bez. dnrch Anhören Anderer Erledigung der Einwendungen oder Aufklärung zu erlangen ist, wird dies rathsam sein. Die Entscheidung, durch welche Einwendungen abgewiesen werden, ist von Amtswegen zuzustellen und die Frist zur Beschwerde dagegen beginnt mit der Zustellung. Vgl. Anm. 5 zu § 66. Auch die Entscheidung, durch welche eine Berichtigung angeordnet bez. eine Einwendung als begründet festgestellt wird, ist nach § 66 Abs. 2 den Betheiligten von Amtswegen zuzustellen, neben der im Satze 2 vorgeschriebenen Niederlegung, da in Betreff der Zustellung keine Ausnahme vom § 66 Abs. 2 gemacht ist. Es ist nur außer der Zustellung die Niederlegung und die Berechnung der Beschwerdefrist von der Niederlegung angeordnet.

Mit dem Ablaufe der Einwandsfrist und mit den Entscheidungen über die vorgebrachten Einwendungen ist das Verzeichniß der zu berücksichtigenden Forderungen, so wie es sich hiernach gestaltet, als solches d. h. betreffs der Berücksichtigung für die vorliegende Vertheilung urtheilsmäßig festgestellt, vgl. Anm. 1 zu § 140 am Ende. Daraus folgt, daß die nach diesem Verzeichnisse zu berücksichtigenden Gläubiger gegen die Kondiktion Anderer bez. Nichtberücksichtigter in der Regel gesichert sind. Hullmann S. 294.

4) Auch eine Entscheidung höherer Instanz, welche eine Berichtigung des Verzeichnisses anordnet, ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Sie dient zur Information für alle K.Gläubiger, welche sämmtlich bei jeder Aenderung interessirt sind und weitere Beschwerde veranlassen können.

5) Der dritte Satz des Abs. 2 betrifft nur die Frist zur Beschwerde gegen eine Berichtigung. Der Mangel jeder Vorschrift, wann (auch nur annähernd) die Entscheidung erfolgt bez. niedergelegt sein solle, in Verbindung mit der Möglichkeit, daß ohne mündliche Verhandlung entschieden wird, ist eine äußerst empfindliche Lücke und kann dem Betheiligten, welcher veranlaßt sein kann, sich über eine angeordnete Berichtigung zu beschweren, zu wiederholten Nachfragen auf der Gerichtsschreiberei Wochen und Monate lang nöthigen.

§ 147.

Für eine Abschlagsvertheilung bestimmt[1)] der Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, dieser auf Antrag des Verwalters den zu zahlenden Prozentsatz.[2)]

Der Verwalter hat den Prozentsatz den berücksichtigten Gläubigern mitzutheilen.[3)]

E. I. 154. P. 242. ff.

1) Prozentsatz bei Abschlagsvertheilungen. Der Verwalter allein, wenn kein Gläubigerausschuß bestellt ist, hat den Prozentsatz für eine beabsichtigte Abschlagsvertheilung zu bestimmen; ist ein Ausschuß bestimmt, so haben Verwalter und Ausschuß zu bestimmen. Zu welcher Zeit der Prozentsatz bestimmt werden soll, ob hierfür und für die Vertheilung die Entscheidung über die etwa wenig einflußreichen Einwendungen abzuwarten ist, hat das Gesetz nicht angeordnet. Es wird nach der Sachlage vom Verwalter bez. dem Ausschusse zu ermessen sein und deren Entschließung wird wohl von der Tragweite der Einwendungen abhängig sein, namentlich davon, ob nicht selbst dann, wenn alle Einwendungen begründet erachtet werden, füglich die Vertheilung mit dem zu bestimmenden Prozentsatz ausführbar bleibt. Daß vor der Bestimmung des Prozentsatzes die Entscheidung des K.Gerichts über alle Einwendungen abgewartet werden müßte, (so v. Sarwey S. 610, v. Völderndorff II. S. 397) ist weder im Gesetze vorgeschrieben, noch folgt es aus der Natur der Sache. Hullmann S. 294, 295.

Das „richterliche" Ermessen (Prot. 106) hat bei Abschlagsvertheilungen weder über die Zeit der Festsetzung, noch über den Prozentsatz selbst etwas zu bestimmen. Für ein Verfahren, wie es v. Völderndorff II. S. 399 konstruiren will, worin die Gläubiger gegen die Bestimmung des Verwalters bez. Ausschusses über den Prozentsatz beim Gerichte Einwendungen erheben könnten, und das Gericht darüber nach Analogie des § 146 entscheiden, auch Beschwerde dagegen zulässig sein soll, giebt der Buchstabe des Gesetzes keinen Raum und der Geist der K.O. widerspricht einem solchen Eingreifen des Gerichts und der Gläubiger in die Verwaltung entschieden. Die Gläubiger haben kein Recht auf einen andern, als den vom Verwalter bez. Ausschuß bestimmten Satz; sie haben also auch keinen durch Einwendungen geltend zu machenden Anspruch. Das Verfahren nach § 146, worin über das Recht auf Berücksichtigung entschieden wird, gestattet keine Analogie auf die Entscheidung einer Zweckmäßigkeitsfrage.

2) Der Ausschuß kann nur einen vom Verwalter beantragten Prozentsatz bestimmen, nicht einen höheren, als der Verwalter bestimmt. Nach E. I. § 154 sollte der Ausschuß „nach Anhörung des Verwalters" den Prozentsatz festsetzen. Hierfür hat die Vork. die jetzige Fassung substituirt. Vgl. auch die Redaktion „auf Antrag" im G.V. § 75 Abs. 1 und K.O. §§ 123, 148, 121, 138.

Die Höhe des Prozentsatzes ist nach dem Verhältnisse der verfügbaren Masse (§ 139) zu der Gesammtsumme derjenigen Forderungen, welche sich mit dem Ende der Frist des § 146 Abs. 1 (nöthigenfalls erst mit der Entscheidung über Einwendungen) als zu berücksichtigende ergeben, sachgemäß zu bestimmen. Der Bestand braucht dabei nicht ängstlich „bis auf die letzte Mark" zur Vertheilung zu kommen. Der Prozentsatz kann in möglichst runder Zahl zur bequemen Vertheilung annähernd bestimmt werden. Mot. 379, 380. Für die Bestimmung der Höhe werden dieselben Rücksichten maßgebend sein, nach welchen zu entscheiden ist, ob hinreichende baare Masse im Sinne des § 137 vorhanden ist und wieviel der verfügbare Massebestand im Sinne des § 139 beträgt. Von der unter Berücksichtigung der Massekosten und Masseschulden zu berechnenden verfügbaren Masse sind zunächst die zu berücksichtigenden bevorrechtigten Forderungen abzurechnen. Das Verhältniß des Restes zu den zu berücksichtigenden nicht bevorrechtigten Forderungen ergiebt den sachgemäßen Prozentsatz für die letzteren.

3) Abs. 2. Die Mittheilung des Prozentsatzes an die berücksichtigten Gläubiger, welche dem Verwalter obliegt, kann nach § 69 Abs. 2 unmittelbar und formlos erfolgen. Eine öffentliche Bekanntmachung, welche E. I § 154 noch außerdem bestimmen wollte, ist nicht nöthig und kann, wenn erfolgt, die besondere Mittheilung nicht ersetzen. — Mit der Mittheilung und erst mit dieser gewinnt die Bestimmung des Prozentsatzes Wirkung und zwar die Wirkung einer den Verwalter zur entsprechenden Zahlung verpflichtenden Erklärung. Bis zur Mittheilung ist die Bestimmung des Verwalters bez. des Ausschusses nur ein internum und der Zulässigkeit ihrer Aenderung unterworfen; nach erfolgter Mittheilung an die berücksichtigten Gläubiger, selbst wenn sie nicht an Alle, sondern nur an Einige oder Einen erfolgt ist, bleiben die Verwaltungsorgane daran gebunden. Sie ist der Präklusionszeitpunkt für die dem Verwalter unbekannten Massegläubiger hinsichtlich des Betrages für die Abschlagsvertheilung, § 159, und der, nach § 51 Nr. 3 Ger.-Kost.-Ges. für die Kosten mitbestimmende „Beginn des Vollzugs der Abschlagsvertheilung." Mot. z. Ger.-Kost.-Ges. S. 77.

§ 148.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, wenn derselbe einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, die Aussetzung einer Abschlagsvertheilung anordnen, sofern nicht schon die Ausschlußfrist abgelaufen ist.[1]

E. I. 151.

1) Die dem Gerichte gestattete nach dessen Ermessen fakultative („kann") Befugniß, eine Abschlagsvertheilung auszusetzen, setzt voraus: a. daß vom G.Schuldner ein gemäß § 161 substantiirter Akkordvorschlag gemacht ist, Prot. 106, 107; b. daß von ihm ein Antrag auf Aussetzung gestellt ist und c. daß schon vor Ablauf der Ausschlußfrist (vgl. Anm. 3 zu § 140) die Aussetzung angeordnet ist. Gegen die Ablehnung des Antrags auf Aussetzung steht dem G.Schuldner nach § 66 die Beschwerde zu; und der Beschwerderichter hat das gleiche Ermessen behufs der Ausübung der gleichen Befugniß, aber auch nur das gleiche, so daß er ebenfalls nach Ablauf der Ausschlußfrist nicht mehr eine Aussetzung anordnen kann, Stieglitz S. 578. Gegen die Anordnung einer Aussetzung haben der Verwalter und jeder betheiligte Gläubiger das Recht der Beschwerde.

Ohne Grund verneint Stieglitz S. 578 das Beschwerderecht der Gläubiger, weil ihr Recht auf Vornahme der Abschlagsvertheilung nur unter der Voraussetzung bestehe, daß das Gericht keine Aussetzung anordne. Dies ist jedoch petitio principii und inkonsequent; die Anordnung soll doch nicht rein willkürlich sein; und wenn so, dann hätte Niemand ein Beschwerderecht. v. Sarwey S. 613.

Die angeordnete Aussetzung erlischt dem Zwecke der Aussetzung entsprechend mit dem Beschlusse über den Vergleich. Bei Ablehnung desselben hört die Aussetzung auf; bei Annahme des Vergleichs ist dieser und nicht die Abschlagsvertheilung auszuführen. Ueber die Unabhängigkeit der Vorschriften des § 148 und des § 91 neben einander vgl. Anm. 2 zu § 138.

§ 149.

Die Schlußvertheilung erfolgt, sobald die Verwerthung[1] der Masse erfolgt ist.[2]

Die Vornahme der Schlußvertheilung unterliegt der Genehmigung des Gerichts.[3]

E. I. 156. P. 241. ff. 272—276.

1) Abs. 1 bestimmt die Voraussetzung der Schlußvertheilung: sobald die Verwerthung der Masse erfolgt ist. Die Voraussetzung ist insofern keine unbedingte, als nicht jedes einzelne Vermögensstück aus dem Vermögen des G.Schuldners herausgebracht sein müßte, damit alles verwerthet sei. Vielmehr ist nur eine dem K.Zwecke der Werthgewinnung für die Masse, § 2, entsprechende Verwerthung gemeint. Nicht, daß der G.-Schuldner nichts mehr hat, ist entscheidend, sondern daß für die Masse die zu erreichenden Werthe gewonnen sind. Insbesondere wird die Beendigung der Verwerthung dadurch nicht gehindert, daß Objekte, welche übermäßig mit Pfand- oder Absonderungsrechten belastet sind, und an deren Veräußerung die K.Masse kein Interesse hat, noch nicht veräußert sind. Vgl. Anm. 1 zu § 116. Ist die Verwerthung der Masse hinsichtlich anderer einzelner Objekte, namentlich inexigibler Forderungen auch durch die außerordentlichen, dem Verwalter unter Zustimmung des Ausschusses ertheilten, Befugnisse (Veräußerung von Forderungen, § 121 Nr. 2) nicht vollständig zu ermöglichen, so ist deshalb die Schlußvertheilung nicht aufzuschieben. Vielmehr sollen nach § 150 in dem die Schlußvertheilung betreffenden Schlußtermine die Gläubiger „über die nicht verwendbaren Vermögensstücke" Beschluß fassen; und schon der Umstand, daß überhaupt noch ein Beschluß gefaßt werden soll, zeigt, daß nicht an eine absolute Unverwerthbarkeit zu denken ist, welche für einen Beschluß keinen Raum mehr böte. Der Beschluß der G.Versammlung ist im § 150 nicht, wie in den Fällen des § 122, von einem Antrage oder einer Zustimmung des Verwalters abhängig gemacht, und ist sonach ausnahmsweise hier den Gläubigern an Stelle des Verwalters die Disposition über Vermögensobjekte des G.Schuldners eingeräumt. Der Beschluß unterliegt dem Veto des Gerichts gemäß § 91. Nach den Mot. 381 ist namentlich in Aussicht genommen, daß über die Uebernahme solcher Objekte durch einzelne Gläubiger zu verhandeln ist. Derartige Uebertragungen können nur Sache des freiwilligen Uebereinkommens der übernehmenden Gläubiger einerseits und der G.Versammlung andererseits sein. Wird ein Objekt an Mehrere überlassen, so ist dessen Verwerthung bez. Einziehung (etwa durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten) ihre eigene Sache; der Verwalter, dessen Funktion beendet ist, kann als solcher nicht mehr damit befaßt werden. A.M. v. Völderndorff II. S. 428.

Sind Vermögensstücke in der That nicht verwerthbar, so sind sie „äußerstenfalls der freien Verfügung des G.Schuldners zu überlassen", Mot. 381. Dies gilt insbesondere auch von dem Bezugsrechte auf Renten und wiederkehrende Leistungen, sofern sie nicht

durch Veräußerung im Ganzen nach § 122 Nr. 1 oder durch entsprechende Beschlußfassung im Schlußtermine zu Gunsten der Masse verwerthet sind. Vgl. Anm. 3 zu § 153. Ebenso fallen die Objekte, welche wegen Ueberlastung mit Pfandrechten ꝛc. nicht verwerthet werden sollen, dem G.Schuldner zur freien Verfügung zu. Ueberhaupt fallen alle Vermögensstücke des G.Schuldners, welche als solche dem Verwalter bekannt und nicht verwerthet sind, mit der Konkursbeendigung auch ohne ausdrücklichen Beschluß der G.Versammlung dem G.Schuldner zu. Es kann dann nur dies als Absicht des Verwalters angenommen werden, entsprechend der Zweckbestimmung der K.-Masse, welche durch nicht verwerthbare Objekte nicht gefördert wird, Anm. 2 II. e zu § 1, und entsprechend der Konsequenz der K.Beendigung, welche kein bekanntes Vermögensobjekt des G.Schuldners zur möglichen Verwerthung für die Gläubiger übrig läßt. Eine Verweisung zur Nachtheilung gemäß § 153 ist nicht zulässig. Zu dieser dürfen nur die später erst ermittelten Objekte verwendet werden, § 153 Abs. 2. So lange dagegen die Gläubiger eine Verwerthung bekannter Objekte noch beabsichtigen, darf, bevor sie erfolgt ist, eine Schlußvertheilung nach Abs. 1 nicht erfolgen. — Die Beschlußfassung der G.Versammlung über nicht verwerthbare Vermögensstücke setzt natürlich voraus, daß dieselben bis dahin noch zur Masse gehören und nicht schon früher vom Verwalter kraft seines Verwaltungsrechts aufgegeben bez. dem G.Schuldner zur Verfügung überlassen sind. Vgl. Anm. zu § 5.

2) Außer der Verwerthung der Masse braucht die Beendigung der Spezialprozesse über die Feststellung von K.Forderungen und die Erledigung von Bedingungen hinsichtlich bedingter Forderungen nicht abgewartet zu werden. Der G.Schuldner soll dadurch nicht an der Wiederaufnahme seiner Thätigkeit gehindert werden. So Mot. 380. Die Bestätigung hierfür liegt in den Vorschriften der §§ 153 Abs. 1, 155, 156. Die über die Aktivmasse behufs ihrer Verwerthung schwebenden Prozesse werden dagegen freilich abgewartet werden müssen, um dem Abs. 1 zu entsprechen. — „Sobald" die Verwerthung der Masse, abgesehen von der Unverwerthbarkeit einzelner Objekte im Sinne des § 150 erfolgt ist, haben G.Schuldner und Gläubiger ein Recht auf die Vornahme der Schlußvertheilung gegen den Verwalter und kann das Gericht gegen diesen im Aufsichtswege nach §§ 75, 76 vorgehen, um die Vollziehung der Schlußvertheilung zu erwirken.

3) Abs. 2. Genehmigung des Gerichts. Während bei Abschlagsvertheilungen das K.Gericht (außer dem Falle des § 148) nur dadurch betheiligt wird, daß bei demselben das Verzeichniß nach § 139 niedergelegt wird und das Gericht nach § 146 über etwaige Einwendungen zu entscheiden hat: so soll bei der Wichtigkeit und Unwiderruflichkeit des Abschlusses die Schlußvertheilung vom K.Gerichte bestimmt und geleitet werden. Die Schlußvertheilung ist um so wichtiger, als sie „eine definitive und nicht wieder zu heilende thatsächliche Präklusion aller bis dahin nicht geltend gemachten Ansprüche gegenüber der K.Masse involvirt." Mot. 380.

Der Verwalter mit Zustimmung des Ausschusses — § 138 ist auch auf Schlußvertheilungen anwendbar — hat daher zunächst die Genehmigung des Gerichts einzuholen, bevor er die Bekanntmachung gemäß § 139 behufs der Schlußvertheilung veranlassen darf. Mot. 380. Von Amtswegen kann auch die Schlußvertheilung so wenig, wie eine Abschlagsvertheilung vom Gerichte beschlossen werden; das Gericht kann nur bei Verzögerungen nach §§ 75, 76 einschreiten. Gegen die Versagung der Genehmigung des Ausschusses kann auch hier der Verwalter die G.Versammlung nach § 85 berufen lassen; vgl. Anm. 2 zu § 138. Verneint die G.Versammlung die Schlußvertheilung, so ist gegen diesen verneinenden Beschluß ein Veto des Gerichts auch nach § 91 nicht statthaft. Stimmt die G.Versammlung der Vornahme zu, so erübrigt sich hier das Veto aus § 91, weil ohnehin hier nach Abs. 2 die Genehmigung des Gerichts nöthig ist.

Gegen die Versagung der gerichtlichen Genehmigung haben der Verwalter bez. der Ausschuß das Recht der Beschwerde nach § 66. Gegen die Ertheilung der Genehmigung des Gerichts ist den Gläubigern kein Widerspruchsrecht gegeben, wie sie auch nach Abs. 2 beim Verfahren über die gerichtliche Genehmigung nicht verlangen können, zugezogen zu werden; folgerecht haben sie auch kein Beschwerderecht, Stieglitz S. 581. (Dagegen giebt ihnen v. Sarwey S. 616 die Beschwerde mit Fristberechnung von der Bekanntmachung des Verwalters an, § 139.) Der G.Schuldner hat, wenngleich die Vertheilung zunächst nur ein Verfahren für die Gläubiger ist, § 137, doch namentlich bei der gesetzlich mit der Schlußvertheilung verbundenen Schlußrechnung (§§ 150, 78) ein erhebliches Interesse. Das Recht zur Beschwerde sowohl gegen die Ertheilung als gegen die Ablehnung der Genehmigung ist ihm daher nach § 66 nicht zu versagen; v. Völderndorff II. S. 412; v. Sarwey S. 617; Petersen S. 433; A.M. Stieglitz S. 581.

Die Genehmigung kann „ohne mündliche Verhandlung" durch einfache Verfügung ertheilt werden, wie im E. I. § 156 gesagt ist und nach der Aufnahme des im E. I. fehlenden § 66 als selbstverständlich hier fortgelassen ist. Die Genehmigung ist dem Verwalter und dem G.Schuldner zuzustellen, § 66. Nach der Zustellung kann das K.-Gericht seinen Beschluß nicht mehr ändern bez. nicht mit der Wirkung zurücknehmen, daß ein Schlußtermin nicht angesetzt werden soll. Der Antrag auf Genehmigung ist sachgemäß durch die Einreichung der Schlußrechnung und des Schlußverzeichnisses nebst den Belegen und den Bemerkungen des etwaigen Ausschusses (vgl. Anm. 1 zu § 150) zu begründen. Ob und wieweit das Gericht vor seiner Genehmigang die Rechnungsführung des Verwalters und die Ausführung früherer Vertheilungen revidiren lassen will, unterliegt dem Ermessen des Gerichts.

Wenn das Gericht genehmigt, daß die Schlußvertheilung erfolgen kann, so bestimmt es den Schlußtermin gemäß § 150 und ordnet die Niederlegung der Schlußrechnung bei der Gerichtsschreiberei gemäß § 78 an. Der Schlußtermin involvirt eine Berufung einer Gläubigerversammlung und ist also vom Gerichte bekannt zu machen, § 85. Zugleich hat der Verwalter, durch die gerichtliche Genehmigung nun ermächtigt, die im § 139 vorgeschriebene Bekanntmachung zu erlassen. Zur Berechnung des verfügbaren Massebestandes (§ 139) sind hier die nach § 144 für die Schlußvertheilung frei werdenden Beträge, so wie die nach §§ 153, 158 zurückfließenden zu berücksichtigen. Für das fernere Verfahren sind auch hier die §§ 140 — 145 zu beobachten. Mit Rücksicht darauf, daß die Schlußvertheilung die letzte (regelmäßige) Vertheilung im Konkurse ist, werden mit der Ausschlußfrist der Schlußvertheilung (§ 140) für die Vertheilung der Masse präkludirt: a. alle bis dahin nicht geprüften Forderungen, (§ 140); b. die streitigen, vom Gläubiger zu betreibenden, bis dahin nicht als anhängig nach § 140 nachgewiesenen Forderungen; c. absonderungsberechtigte, für welche nach § 141 Abs. 1 und d. aufschiebend bedingte, für welche nach § 142 Abs. 2 der Nachweis nicht geführt ist; e. Nachzügler, welche dem § 143 nicht entsprochen haben. Vgl. ferner Anm. 2 zu § 150.

Der Inhalt des Abs. 2 § 149 ist dadurch nicht erschöpft, daß das Gericht vor dem Beginne der Schlußvertheilung sich darüber auszusprechen hat, daß oder daß nicht eine solche stattfinden kann. Der Abs. 2 hat zugleich die fernere Bedeutung, daß auch nach dem Schlußtermine mit Rücksicht auf das Resultat desselben die wirkliche Ausführung der Schlußvertheilung der Genehmigung des Gerichts unterliegt, und von demselben unter Umständen sistirt werden kann.

§ 150.

Zur Abnahme der Schlußrechnung,[1] zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß[2] und zur Beschlußfassung der Gläubiger

über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke[3] bestimmt das Gericht einen Schlußtermin, welcher nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus anzuberaumen ist.[4]

Die Bestimmungen des § 146 Abs. 2 finden auf die Schlußvertheilung Anwendung.[5]

E. I. 157—159. P. 241. ff. 272—276.

1) Schlußrechnung muß die Resultate der Verwerthung aller Masse-Objekte, die daraus bestrittenen und noch zu bestreitenden Ausgaben, und den sich danach ergebenden verfügbaren Massenbestand (§ 139) nachweisen. Sie muß mit Belegen und wenn ein G.Ausschuß bestellt ist, mit dessen Bemerkungen versehen sein (§ 78). Falls der Ausschuß nichts zu erinnern findet (§ 138), kann sich seine Erklärung hierauf beschränken, bez. mit dem Zusatze, daß die nach §§ 121, 122 seiner Genehmigung unterliegenden Verfügungen des Verwalters von ihm genehmigt sind. In Betreff der Rechte der Betheiligten hinsichtlich der Rechnungsabnahme vgl. § 78 und Anm. zu § 78. Daß alle Einwendungen gegen die Schlußrechnung präkludirt sind, welche im Termine nicht gemacht werden, ist im § 78 ausdrücklich gesagt. Soweit nicht die Verletzung besonderer Individualrechte einzelner Gläubiger oder besonderer dem G.Schuldner nach der K.-Beendigung zustehender Rechte (z. B. bei Akkordbeendigung, bei Dispositionen des Verwalters über persönliche, nicht zur K.Masse gehörige Rechte) Gegenstand der Einwendungen gegen die Schlußrechnung ist, fließt das Resultat aus der Monitur der Rechnung der K.Masse zu; sowohl was ein K.Gläubiger, als was der G.Schuldner gegen den Verwalter erstreitet, und unbedingt, was ein nachfolgender Verwalter gegen seine Vorgänger in der Verwaltung erstreitet, gehört zur K.Masse, soweit nicht jene Ausnahmen Platz greifen. Stieglitz S. 584, 585; Hullmann S. 297, 298.

2) Schlußverzeichniß. Von den Einwendungen gegen die Schlußrechnung sind die Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß zu unterscheiden. Schon vor dem Schlußtermine und zwar vor dem Ablaufe der Ausschlußfrist sind die Nachweise gemäß den §§ 140—144 für die nicht schon unbedingt zu berücksichtigenden Forderungen zur Vermeidung der Präklusion zu führen. Die Vorschriften der §§ 140—144 betreffs der Ermöglichung der Betheiligung für streitige, bedingte und Absonderungs-Ansprüche innerhalb der Ausschlußfrist, und die Vorschrift des § 145, daß der Verwalter das abgeänderte Verzeichniß bez. die Aenderungen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen hat, finden auch für die Schlußvertheilung Anwendung. Das Schlußverzeichniß ist von besonderer Wichtigkeit, weil es sowohl für die Schlußvertheilung, als auch für etwaige Nachtragsvertheilungen (§ 153) als Grundlage dienen soll. Die Einwendungen dagegen sind bei der Schlußvertheilung nicht in der für Abschlagsvertheilungen im § 146 Abs. 1 bestimmten Frist zu erheben, sondern nach § 150 im Termine. Das Ende des Schlußtermins ist dafür präklusivisch. Nach demselben kann kein Gläubiger noch Einwendungen erheben, da der Termin zu deren Erhebung ansteht, C.P.O. §§ 208, 209 Anm. 2 zu § 65.

Der Schlußtermin wird im Wesentlichen zur Verhandlung der Konkursgläubiger angesetzt. Die Abnahme der Schlußrechnung erfolgt gegenüber den K.Gläubigern und dem G.Schuldner (§ 78); die Vertheilung selbst betrifft nur die Zahlung an die K.-Gläubiger (§ 137) und von diesen können auch nur Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß erhoben werden. Zufolge § 159 ist indeß der Schlußtermin zugleich die Präklusivfrist für die Anzeige von Masseansprüchen. Sind dergleichen bis zur Beendigung des Schlußtermins nicht zur Kenntniß des Verwalters gelangt, so können sie nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden, welcher den Gegenstand der Schlußvertheilung bildet.

Das Vertheilungsverfahren der K.O. schließt in Folge der präklusivischen Fristen und Termine mit der Entscheidung über die Vertheilungsansprüche endgültig die Zulässigkeit einer späteren Klage (Kondiktion) aus, welche darauf gestützt wäre, daß bei der Vertheilung noch andere Ansprüche zu berücksichtigen oder daß die berücksichtigten nicht zu berücksichtigen seien. Das Resultat der Präklusionen und Entscheidungen ist, wenngleich ohne Urtheilsform, ein urtheilsmäßiges mit Urtheilswirkung. Die Entscheidungen sind vollstreckbar, C.P.O. § 702 Nr. 3. Es ist auch nicht (wie dies für den Widerspruch beim Vertheilungsverfahren für Zwangsvollstreckungen außerhalb des Konkurses durch C.P.O. § 764 Abs. 2 oder für den Widerspruch gegen Zahlungen bei Subhastationen gemäß § 72 Abs. 3 preuß. Subh.-Ordn., vgl. Strieth. 89, 195, geschehen ist) direkt oder indirekt vorbehalten, daß die Versäumung der Frist nur die Wirkung haben solle, die thatsächliche Vertheilung bez. Zahlung nicht aufzuhalten, während über die Rechte selbst noch anderweit entschieden werden könne. Vielmehr betrifft die Präklusion der Ausschlußfrist sowohl, wie der Einwendungen das Recht selbst, soweit es die zu vertheilende Masse — bei der Schlußvertheilung also die gesammte K.Masse — betrifft. Anm. 1 zu § 140, Anm. 3 zu § 146. Mot. 376. Immerhin jedoch ist die Möglichkeit von unrichtigen bez. von Zuviel-Erhebungen und von desfallsigen Kollisionen schon als Folge von Rechnungsirrthümern nicht ausgeschlossen. Sie ist schon deshalb vorhanden, weil das Verfahren nicht mit einem, bestimmte Summen zur Zahlung anweisenden, Plane und mit der Präklusion gegen einen solchen abschließt. In dieser Beziehung sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze indeß nicht aufgehoben. Danach kann gegen einen Konkurs-Gläubiger, welcher aus der K.Masse mehr als seinen tributarischen gesetzlichen Antheil erhalten hat, also mehr als den nach dem Prozentsatze des § 147 oder nach dem Verhältnisse aus der Schlußvertheilung sich ergebenden Betrag, auch nach der K.Beendigung ein anderer hierdurch benachtheiligter Gläubiger den Mehrbetrag kondiziren. In der Gemeinschaft, worin die Gläubiger für ihre Forderungen Theilnahmerechte in einem gesetzlich bestimmten gegenseitigen Verhältnisse haben, steht einem Jedem nur die Hebung nach diesem Verhältnisse zu, und der dadurch verletzte Gläubiger hat die auf Beseitigung der Verletzung gerichtete Kondiktion. Condictio sine causa. Preuß. A.L.R. I. 16 §§ 166 ff.; Entsch. 6, 399; 79, 156; Strieth. 7, 72; 41, 145; 59, 129; 90, 208; R.O.H. 7, 163. Mot. 247. Dernburg Bd. II. § 122 Nr. 1. Dasselbe Recht, welches der K.Gläubiger hat, steht auch dem Verwalter zu, welcher die Masse im Interesse aller K.Gläubiger zu vertreten hat (vgl. Anm. 1 zu § 29), was für den Fall des Anspruchs eines Gläubigers gegen mehrere Verpflichtete besonders wichtig ist (Anm. 3 zu § 61). Der G.Schuldner selbst könnte für sich überhaupt nur kondiziren, soweit das Gezahlte den Schuldbetrag übersteigt. Vgl. über das Rückforderungsrecht des G.Schuldners gegen Gläubiger Anm. 3 zu § 152. — Gegen einen Massegläubiger kann dagegen von einem K.Gläubiger aus diesem Grunde nicht kondizirt werden, weil der Massegläubiger selbständig den vollen Betrag seiner Forderung zu fordern hat und an einer Gemeinschaft behufs verhältnißmäßiger Befriedigung nicht Theil nimmt; von dem Falle einer Zahlung über den vollen Betrag der Forderung hinaus natürlich abgesehen. Mot. 247, 248.

3) Wegen der nicht verwerthbaren Objekte vgl. Anm. 1 zu § 149.

4) Der Schlußtermin ist vom Gerichte (vgl. Anm. 3 zu § 149) öffentlich nach § 68 bekannt zu machen und gilt dies als Zustellung an alle Betheiligte, Anm. 2 zu § 68. Auch dann, wenn die Restmasse durch Nachzahlung von Dividenden gemäß § 143 erschöpft wird, und eine weitere Schlußvertheilung nicht erfolgt, ist der Schlußtermin zur Rechnungsabnahme nöthig; und auch dann sind die Förmlichkeiten der Schlußvertheilung (§§ 139, 149, 150) schon mit Rücksicht auf die möglichen Nachtragsvertheilungen (§ 153) zu erfüllen. Zweckmäßig ist es, alsdann „die (nach § 143 nöthige) Nachzahlung selbst

nur in den Formen der Schlußvertheilung vorzunehmen." Mot. 381. Was im Termine zu verhandeln ist, ergeben die im Abs. 1 angegebenen Zwecke des Schlußtermins. Zu beachten ist die Vorschrift des § 90, daß die Gegenstände der Beschlußfassung bei der Berufung öffentlich bekannt zu machen sind.

5) Abs. 2. Für das Verfahren betreffs der Entscheidungen über Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß, über die Zustellung bez. Niederlegung der Entscheidungen und die Beschwerde dagegen, also für die Zeit nach Vorbringung der Einwendungen gilt dasselbe, was für Abschlagsvertheilungen nach Anm. 3 bis 5 zu § 146. Die Einwendungen selbst können vor dem Termine durch Schrift oder Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers vorbereitet werden, sind indeß gemäß Abs. 1 nur zu beachten, wenn sie im Termine vorgebracht werden. Das Gericht kann sofort im Termine über die Einwendungen entscheiden und die Entscheidung verkünden, a.M. v. Völderndorff II. S. 405; indeß wird dadurch weder die Zustellung der Entscheidung, da § 66 Abs. 2 nicht modifizirt ist, noch die Niederlegung einer Berichtigungsanordnung gemäß § 146 erübrigt. A.M. hinsichtlich der Zustellung v. Sarwey S. 619, 620; anscheinend auch Petersen S. 434.

Dadurch, daß im Termine festgestellt wird, ob und welche Einwendungen geltend gemacht werden, und daß nach § 146 Abs. 2 auch jede in Folge von Einwendungen erfolgende Berichtigung auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt wird, können sich die Gläubiger aus dem Verhältnisse der Gesammtsumme der Forderungen, so wie sich dieselbe schließlich herausstellt, zu dem nach § 139 veröffentlichten bez. etwa bei der Rechnungsabnahme modifizirten Massenbestande ihre Schlußdividende selbst ermitteln. Ein Prozentsatz wird nicht für die Schlußvertheilung festgesetzt oder bekannt gemacht. Mot. 381. Eine Mitwirkung des Ausschusses bei der Ausrechnung ist nicht nöthig; auch nicht irgend eine Bekanntmachung an die Gläubiger; § 147 gilt nur für Abschlagszahlungen.

Mit der Berechnung beginnt der Vollzug der Schlußvertheilung und von diesem Beginn ab ist der Vollzug im Sinne des § 153 zu rechnen, so daß die später ermittelten Vermögensobjekte zur Nachtragsvertheilung zu nehmen sind. Stieglitz S. 589, 590, 601, 602, Hullmann S. 296 Anm. 8.

§ 151.

Nach der Abhaltung des Schlußtermins beschließt das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.[1]

Der Beschluß und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.[2]

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.[3]

E. I. 197. 199. 200. P. 277.

1) Abs. 1. Konkursaufhebung. Die Vorschrift des Abs. 1 bedeutet nicht, daß der Beschluß nur eine formale Bedeutung habe und unter allen Umständen nach dem Termine, was auch immer dessen Ergebniß sei, die Aufhebung beschlossen werden müsse. Vielmehr soll das Gericht materiell prüfen, ob der Zeitpunkt für die Aufhebung gekommen sei. In den Mot. ist der erste Satz des § 151 mit den Worten motivirt: „Mit der Schlußvertheilung ist der Konkurs erledigt. Dieselbe hat die Aufhebung des Verfahrens zur nothwendigen Folge. Die Aufhebung soll, schon um einen sicheren Boden für ihre Wirkungen zu gewinnen, durch einen förmlichen Beschluß des Gerichts erfolgen". Ein Antrag in der R.K., statt: „beschließt die Aufhebung" zu sagen: „beschließt über die

Aufhebung", wurde seitens der Bundesvertretung nur damit bekämpft, daß er überflüssig sei, indem dies auch die Intention des Entw. sei. Mot. 381. Prot. 107, 108. Das Gericht hat daher zu prüfen, ob sachlich der Konkurs erledigt ist und die im Schlußtermine eingeleitete Schlußvertheilung auch wirklich vorzunehmen sei, § 149 Abs. 2. Wenn der Schlußtermin ergeben hat, daß in der That noch Masseobjekte zu verwerthen, Rechtshandlungen anzufechten sind, wenn etwa bei Widerspruch des Verwalters dieser entlassen (§ 76) und ein anderer bestellt wird, so ist sachgemäß die Vornahme der Schlußvertheilung zu versagen und das Verfahren nicht aufzuheben.

Der Aufhebungsbeschluß ist erst nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung zu fassen, welchen der Verwalter dem Gerichte auch behufs der Anordnung gemäß § 156 nachweisen muß. „Mit der Schlußvertheilung ist der Konkurs erledigt, dieselbe hat die Aufhebung des Verfahrens zur nothwendigen Folge." Mot. 381. Vor der Aufhebung sind also auch die Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß zu erledigen, da sie die Vertheilung selbst betreffen. Dagegen können die Resultate einer Monitur gegen die Schlußrechnung und eines desfallsigen Prozesses, als nach dem Beginne der Schlußvertheilung (§ 153 Abs. 2) ermittelt, der Nachtheilung vorbehalten bleiben; vgl. Anm. 3 zu § 153.

2) Die Aufhebung erhält ihre Wirkung erst mit der öffentlichen Bekanntmachung. § 68 Abs. 1. Vgl. Anm. 2, 4 zu § 100. Dieser Zeitpunkt ist durch die Nothwendigkeit gegeben, daß der Beschluß nach außen mitgetheilt sein muß, um zu wirken und nicht ein bloßer Gedanke des Gerichts zu sein, und daß als solche Aeußerung die öffentliche Bekanntmachung vorgeschrieben ist. Entsch. 40, 398, 399. Da der Beschluß unanfechtbar ist, Abs. 1, so ist er sofort rechtskräftig. Seine Wirkung ist mit jenem Zeitpunkte eine einheitliche für und gegen alle Betheiligte, den G.Schuldner, die Gläubiger und Dritte. Begrifflich kann der G.Schuldner nicht in einzelnen Beziehungen bez. einzelnen Interessenten gegenüber im Konkurszustande sein, für andere dagegen nicht. Die K.O. stellt hiervon auch namentlich nicht eine Unterscheidung dahin auf, daß dem G.Schuldner schon mit der Beschließung der Aufhebung und einer an ihn erfolgenden Eröffnung die volle Handlungsfähigkeit hinsichtlich der K.Masse wiedergegeben sei. Eine solche in Entsch. 40, 399 ff. für die P. §§ 277, 199 ausgeführte Annahme ist hier nicht zutreffend. Die K.O. setzt vielmehr namentlich beim Zwangsvergleiche und bei der Einstellung des Verfahrens, §§ 177, 192, für die Verfügungsrechte des G.Schuldners die in gleicher Weise vorgeschriebene Bekanntmachung der K.Aufhebung voraus, §§ 175, 191. Vgl. Mot. 421, 438. In den Mot. zum E. I. Bd. 2 S. 184 ist entsprechend ausgeführt, daß die K.Aufhebung erst mit der Bekanntmachung derselben ihre Wirkung erhalte, unterscheidend, daß dagegen die Eröffnung schon mit der Fassung des Beschlusses wirken müsse, um die Entziehung der Verfügungsbefugniß wirksam zu schützen. Die K.O. und ihre Mot. begründen nicht, daß in dieser Beziehung vom E. I. habe abgewichen werden sollen. Stieglitz S. 593; Petersen S. 437.

Die Wirkungen der Aufhebung sind: a. Der G.Schuldner erhält seine geschmälerten Verfügungsbefugnisse wieder, insbesondere auch zur Führung der vom Verwalter für die K.Masse geführten noch anhängigen Prozesse. Ausgenommen bleiben nur die nach § 156 noch zurückzubehaltenden Antheile und die zu einer Nachtragsvertheilung zu verwendenden, bez. nachträglich erst ermittelten Vermögensstücke, § 153. b. Die Thätigkeit des Verwalters zur Vertretung des G.Schuldners, § 5, ist beendigt; unbeschadet jedoch der ihm noch hinsichtlich der Ausführung der Vertheilungen nach §§ 153, 156 obliegenden Verpflichtungen. c. Die Gemeinschaft der Gläubiger ist beendigt. Der G.Ausschuß und die G.Versammlung können als solche nicht mehr funktioniren. d. Die durch den Konkurs begründeten Unterbrechungen haben mit der Aufhebung ihr Ende; so die Unterbrechung der die K.Masse betreffenden Prozesse, C.P.O. § 218,

des Verfolgungsrechts der Gläubiger gegen den G.Schuldner, §§ 11, 152 Abs. 1 und die Unterbrechung der Verjährung der K.Forderungen, § 13.

3) Außer der öffentlichen Bekanntmachung ist eine besondere Zustellung des Beschlusses an den G.Schuldner und die Gläubiger nicht vorgeschrieben; § 103 Abs. 3 ist nicht anwendbar erklärt. Es bewendet bei der Vorschrift des § 68 Abs. 3, daß die öffentliche Bekanntmachung als Zustellung an alle Betheiligte wirkt. — Hinsichtlich der Eintragungen im Grundbuche vgl. Anm. zu § 106. Eine amtliche Mittheilung des K.Gerichts zu den Grundakten von der K.Aufhebung ist in Preußen nicht vorgeschrieben; es ist Sache des G.Schuldners, die Grundbuchsvermerke hinsichtlich der Beschränkung seiner Dispositionsbefugniß durch eine Ausfertigung des Aufhebungsbeschlusses zur Löschung zu bringen.

§ 152.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens können die nicht befriedigten Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt[1] geltend machen.[2]

Für die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind,[3] findet gegen den Schuldner aus der Eintragung in die Tabelle die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 662—701 der Civilprozeßordnung statt.[4]

Für Klagen auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel,[5] sowie für Klagen, durch welche die die Forderung selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden,[6] oder der bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als erwiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Eintragung in die Tabelle abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird,[7] ist das im § 134 Abs. 2 dieses Gesetzes bezeichnete Gericht zuständig.

E. I. 202. P. 280. 201.

1) Rechte der K.Gläubiger nach der K.Aufhebung. Abs. 1: Der Konkurs beseitigt die nicht befriedigten Forderungen nicht, soweit sie nicht durch einen Zwangsvergleich oder durch einen freiwilligen Erlaß beseitigt oder gemindert sind. Die Gläubiger sind nach der Aufhebung des Konkurses nicht gehindert, ihre Rechte ebenso wie vorher „unbeschränkt" geltend zu machen. Die im § 11 bestimmte Beschränkung der Exekutionsfreiheit hört auf. Auch eine nachträgliche Vertheilung gemäß § 153, wenngleich wahrscheinlich oder gewiß, braucht nicht abgewartet zu werden. Nur die für jeden Gläubiger geltenden allgemeinen Zwangsvollstreckungs-Beschränkungen (so C.P.O. §§ 715, 743) bleiben maßgebend. Alle sonstigen partikularrechtlichen Beschränkungen dieses Rechts, insbesondere: nur neuen Vermögenserwerb in Anspruch nehmen zu dürfen oder dem Schuldner ein beneficium competentiae gestatten zu müssen, sind aufgehoben. Die mit der cessio bonorum früher verbundene Beseitigung der Schuldhaft hat ohnehin ihre Bedeutung verloren, seitdem für alle Schuldner durch das Reichsges. v. 29. Mai 1868 und durch die C.P.O. die eigentliche Schuldhaft (abgesehen von dem persönlichen Sicherheitsarreste und von der Erzwingung des Offenbarungseides, C.P.O. §§ 798, 782 ff.) fortgefallen ist. Mot. 382, 383. Prot. 108. Unberührt bleiben indeß die landesgesetzlichen Vorschriften über die Rechtswohlthat der Kompetenz, soweit sie, abgesehen von einem

vorangegangenen Konkurse, civilrechtlich verlangt werden kann. Preuß. K.O. §§ 435 bis 438. Die Rechtswohlthat der Kompetenz ist an sich durch die C.P.O. nicht aufgehoben. Mot. z. C.P.O. S. 410.

Die Vorschriften des § 152 sind auch im Falle einer Einstellung des Konkurses gemäß §§ 188—190 anwendbar (§ 192 Abs. 2), desgleichen bei der Akkordbeendigung mit den aus Inhalt und Natur des Zwangsvergleichs sich ergebenden Modifikationen (§§ 178, 179). — Für die vor dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkurse ist § 152 nicht anwendbar. Indeß kann nach E.G. § 8 Abs. 2 landesgesetzlich eine Anwendbarkeit bestimmt werden. Busch Zeitschr. Bd. 3 S. 33.

2) Das mit der K.Aufhebung wiederhergestellte Verfolgungsrecht steht allen „nicht befriedigten K.Gläubigern" zu, ohne Rücksicht, ob die Forderungen angemeldet oder nicht angemeldet waren, oder nach § 56 zur Befriedigung aus der K.Masse nicht angemeldet werden konnten. Die im § 56 bezeichneten Forderungen können daher nach der K.Aufhebung gegen den G.Schuldner geltend gemacht werden. So insbesondere: die Zinsen seit der K.Eröffnung. Die Quittirung des Kapitals im Konkurse, wenngleich ohne Vorbehalt, kann neben § 56 Nr. 1 nicht einen Erlaß (oder eine Bezahlung) der Zinsen bedeuten: und die Vorschriften, daß nicht entschiedene Nebenforderungen aberkannt gelten, sind durch E.G. z. C.P.O. § 14 Nr. 5 aufgehoben, vgl. Mandry S. 204 Anm. 25. Demnach sind A.L.R. I. 11 §§ 843—846, 848 gegen Nachforderungen von Zinsen nach einem Konkurse nicht anwendbar. Strieth. 73, 22; R.O.H. 20, 69. Auch die dem Gläubiger durch den Konkurs erwachsenen Kosten können nach den allgemeinen Grundsätzen, C.P.O. §§ 87 ff., gegen den G.Schuldner nachgefordert werden, sofern nicht durch einen Zwangsvergleich oder durch besondere Gründe dies Recht beschränkt ist. Nur der Geltendmachung im K.Verfahren aus der K.Masse steht § 56 Nr. 2 entgegen. Die Ersatzpflicht, welche dem G.Schuldner an sich nach den allgemeinen Grundsätzen als dem Schuldner obliegt, hat hierdurch nicht beseitigt werden sollen. Vgl. Mot. 242 zu § 51. Stieglitz S. 595.

In welchen Formen ein K.Gläubiger sein Recht geltend machen kann, hängt von seinem Titel ab. Für festgestellte Forderungen giebt Abs. 2 eine besondere Vorschrift. Ein Gläubiger, welcher für seine Forderung gegen den G.Schuldner schon vor dem Konkurse oder während des Konkurses (Anm. 1 zu § 10) einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, kann sofort gegen denselben die Zwangsvollstreckung beantragen, da die Beschränkung des § 11 mit dem Konkurse fortfällt. Mot. 386. Vgl. Entsch. 64, 366. Der Gläubiger einer anderen, nicht schon durch einen vollstreckbaren Schuldtitel gedeckten Forderung, namentlich also ein Gläubiger, welcher nicht angemeldet, oder eine streitig gebliebene Fordetung nicht nach § 134 verfolgt hat, muß klagen oder sein Recht in dem sonst zulässigen Verfahren verfolgen, wenn ihm der G.Schuldner nicht freiwillig einen vollstreckbaren Schuldtitel gewährt. Nach der Konkursaufhebung kann der G.Schuldner sich gemäß C.P.O. § 702 Nr. 5 der sofortigen Zwangsvollstreckung zu Gunsten von K.Forderungen unterwerfen. Vorher würde er, da er an sich nicht rechts- oder handlungsunfähig, indeß hinsichtlich der K.Masse bez. für die Zeit des Konkurses beschränkt ist, eine Unterwerfung unter Zwangsvollstreckung nur derartig zulässig sein, daß sie erst nach der K.Aufhebung wirken soll. Mit dieser Beschränkung wird die Unterwerfung ebenso, wie eine Klage gegen G.Schuldner gemäß Anm. zu § 10 auch schon während des Konkurses erklärt werden können.

3) Abs. 2. Wirkung der Prüfung und Feststellung nach dem Konkurse. Während § 133 Abs. 2 die Wirkung der Feststellung hinsichtlich des Theilnahmerechts an der K.Masse bestimmt, ist durch Abs. 2 entschieden, welche Wirkung das Prüfungsverfahren und die Feststellung gegenüber dem G.Schuldner für die Zeit nach dem Konkurse hat. In Betreff der im Sinne der §§ 132 Abs. 1, 133 Abs. 2, 135 „festge-

stellten" K.Forderungen ist durch Abs. 2 die namentlich für die preuß. K.O. entstandene Kontroverse erledigt, ob (außer dem Falle des Akkords P. § 201) die konkursmäßige Feststellung nach der K.Aufhebung auch gegen den G.Schuldner die Kraft eines Judikats hat (Entsch. 52, 454; Strieth. 50, 344; 54, 289; 55, 326) oder ob gegen ihn besonders geklagt werden muß (R.O.H. 4, 228; 7, 62, 135). Der Feststellung ist die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils gegen den G.Schuldner dann gegeben, wenn derselbe, welcher nach § 129 Abs. 2 zum Prüfungstermin zuzuziehen ist, in demselben die Forderung nicht „ausdrücklich bestritten" hat. Der Rechtsgrund dieser Unterscheidung in der Wirkung beruht darauf, daß der Verwalter, auf dessen Erklärungen oder präklusivischem Stillschweigen neben der zulässigen Intervention von Gläubigern die Konkurs-Feststellung beruht, den G.Schuldner nur hinsichtlich der K.Masse und weder hinsichtlich seines sonstigen Vermögens noch für die Zeit nach dem Konkurse vertritt. In Betreff der nach dem Konkurse gegen den G.Schuldner persönlich eintretenden Wirkung hat sich daher der G.Schuldner selbst zu vertreten. Schultze Jur. Grundl. S. 70—77, 101. Daß daneben zur Erreichung der Judikatwirkung die Feststellung nöthig ist, auch wo der G.Schuldner hinsichtlich seiner Selbstvertretung sie nicht bestritten hat, hat seinen sachgemäßen Grund darin, daß aus nahe liegenden Gründen der G.Schuldner zur Zeit des Prüfungsverfahrens der späteren Zeit nach dem Konkurse häufig nicht eingedenk ist, dem Verwalter alles Material zur Erklärung über die Schulden überläßt und in der Regel mit diesem über Anerkennung oder Bestreitung der Forderungen sich verständigt.

Voraussetzung der Urtheilsbedeutung, wie des Abs. 2, ist daher neben dem präkludirenden Schweigen des G.Schuldners die Feststellung im Sinne des § 132 Abs. 1. Ist die Forderung streitig geblieben und die Feststellung nicht erfolgt, sondern durch Urtheil abgewiesen, so ist dadurch für das Verhältniß des Gläubigers zur K.Masse die Forderung negativ erledigt. Für das Verhältniß des Gläubigers zum G.Schuldner persönlich bez. nach der K.Beendigung ist dadurch indeß die Forderung nicht ebenfalls verneint. Der G.Schuldner kann einer nach dem Konkurse gegen ihn erhobenen Klage des Gläubigers nicht res judicata wegen einer Abweisung der Feststellung entgegensetzen, da bei dem Feststellungsprozesse gemäß dem für die Prozesse über die Passivmasse aufgestellten in den §§ 129 Abs. 2, 132, 152 enthaltenen Grundsatze der K.O. der G.Schuldner nur rücksichtlich der K.Masse und nicht hinsichtlich seiner sonstigen persönlichen Haftbarkeit vertreten war. Vgl. auch v. Sarwey S. 628; v. Völderndorff II. S. 420.

Aus demselben Systeme folgt indeß auch, daß Beträge, welche ein Gläubiger auf Grund der K.Feststellung aus der K.Masse erhalten hat, gegen denselben nach dem Konkurse von dem G.Schuldner nicht wieder streitig gemacht und nicht mit der condictio indebiti zurückgefordert werden können; der G.Schuldner mag bei der Prüfung der Forderung widersprochen haben oder nicht. Denn hinsichtlich der Betheiligung an der Masse ist der G.Schuldner durch den Verwalter rechtsverbindlich vertreten worden und hat seine eigene Erklärung für die Feststellung und alle Konsequenzen derselben keine Bedeutung. In Betreff der Wirkung für die K.Masse hat der G.Schuldner daher auch nach dem Konkurse nur dieselben Rechte und Angriffsmittel gegen die Feststellung, wie der Verwalter selbst, in dessen Stelle er in dieser Beziehung nach der K.Aufhebung lediglich eintritt, also die in Anm. 3 zu § 133 angegebenen Rechtsbehelfe. Vgl. R.O.H. 20, 41. Stieglitz S. 599. Abweichend wollen v. Sarwey S. 625, 628 und Petersen S. 440 dem G.Schuldner die condictio indebiti gewähren, wenn er bei der Prüfung widersprochen hat.

Die im Abs. 2 für die nicht vom G.Schuldner bestrittenen Forderungen ausgesprochene Judikatswirkung gegen den G.Schuldner gilt für alle festgestellten Forde-

rungen, also auch für die in den §§ 58, 62, 63 erwähnten betagten, ursprünglich nicht auf Geldwerth gerichteten, oder hinsichtlich des Geldbetrages ungewissen Forderungen, wiederkehrenden Hebungen u. s. w. Wenngleich die Vorschriften der §§ 58—63 für die K.Forderungen nur zur Ermöglichung verhältnißmäßiger Ausgleichung im K.Verfahren gegeben sind, so erlangt durch die ausnahmslose Allgemeinheit des Abs. 2 § 152 eine zufolge der §§ 58, 62, 63 erfolgende Feststellung auch für solche Forderungen, die über ihre Qualifizirung für das K.Verfahren übergreifende Wirkung eines Exekutionstitels gegen den G.Schuldner, sofern dieser nicht hinsichtlich seiner Verpflichtung im Prüfungstermine widerspricht. Für bedingte Forderungen gilt dies mit den aus den Sicherungsberechtigungen hervorgehenden Beschränkungen (§§ 60, 61, 142, 144, 155). Will der G.-Schuldner hinsichtlich seiner Verpflichtung diese Folgen nicht gegen sich gelten lassen, so muß er im Prüfungstermine (unbeschadet der Unwirksamkeit für das K.Verfahren) ausdrücklich bestreiten, daß gegen ihn die Forderungen anders als unter den ursprünglichen Zeitbestimmungen, Bedingungen und Modifikationen geltend gemacht werden können. In diesem Falle können allerdings die Gläubiger ihm gegenüber ihre Rechte nur ohne die Modifikationen der §§ 58, 62, 63 geltend machen. Mot. 276, 292. Eine solche bestreitende Erklärung des G.Schuldners ist (gegen Schultze a. a. O. S. 81) nicht ein bloßer „Vorbehalt", sondern ist ein ausdrückliches Bestreiten der im Konkurse geltend gemachten Geld-Forderung, wie es im Abs. 2 als Erforderniß bezeichnet wird, um die Vollstreckbarkeit der Feststellung gegen den G.Schuldner auszuschließen.

Streitig ist, ob aus § 152 Abs. 2 zu schließen ist, daß die Feststellung der K.Forderung auch gegen den Gläubiger hinsichtlich der Modifikationen der §§ 58, 62, 63 eine rechtskräftige, nach dem Konkurse fortwirkend ihn bindende, Entscheidung sei, so daß der Gläubiger im Falle der Anwendbarkeit des § 152 Abs. 2 nur das darin bestimmte Recht nach dem Konkurse behält, — so v. Sarwey S. 627; Petersen S. 439; Stieglitz S. 597, 599, 600; im Wesentlichen wohl auch Hullmann S. 300 —; oder ob § 152 Abs. 2 dem K.Gläubiger nur ein Recht gebe, nicht aber eine Verpflichtung und Beschränkung auferlegte, und der Gläubiger vielmehr berechtigt sei, statt von diesem Rechte Gebrauch zu machen, auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß zurückzugreifen und aus demselben zu fordern, soweit nicht materiell-rechtlich wirkende Thatsachen z. B. theilweise Befriedigung der in eine Geldschuld verwandelten ursprünglich unheilbaren Obligation entgegenstehen, — so Schultze a. a. O. S. 79—81. Durch das System der K.O. ist der Feststellung und der Präklusion der Erklärungen nach allen sonstigen Richtungen hin entschieden der Charakter einer urtheilsmäßigen Entscheidung gegeben, und insbesondere für den Fall des § 152 Abs. 2 ist dies durch die Exekutivkraft in deutlicher Weise ausgesprochen. Dem Charakter des Judikats, welcher jus facit inter partes, und nicht blos gegen den einen oder andern Theil, entspricht jedoch, ebenso wie im Falle des § 133 Abs. 2, die gleichmäßige Wirkung auch gegen den Liquidanten. Die Rücksicht, daß die Modifikationen der §§ 58, 62, 63 durch das K.Verfahren herbeigeführt werden, kann an diesem Resultat einer urtheilsmäßigen Festsetzung, sobald sie erfolgt ist, nichts ändern; sie mag den Gläubiger veranlassen, sich am Konkurse nicht zu betheiligen, um lieber seine Forderung ohne Modifikation nach der K.Beendigung geltend zu machen. Hat er sie indeß im Konkurse und hier natürlich in konkursmäßiger Art geltend gemacht, so bleibt er daran gebunden und durch § 152 Abs. 2 beschränkt. Auch durch einen Vorbehalt bei seiner Anmeldung bez. bei der Prüfung kann er sich dieser Konsequenz nicht entziehen. A.M. Hullmann S. 274, 300. Ebenso wie die zunächst auch nur durch den Konkurs veranlaßten Aenderungen der Rechtsverhältnisse, welche auf den Vorschriften der §§ 15—20 über Erfüllung von Rechtsgeschäften beruhen (vgl. Vorb. 3 vor § 15) und wie der Einfluß einer durchgeführten Anfechtung, obgleich die K.Anfechtung ebenfalls nur für den Konkurs bestimmt ist, wirkt auch eine auf die §§ 58, 62, 63

sich stützende Modifikation der Rechtsverhältnisse, sobald sie als die im § 152 Abs. 2 vorausgesetzte Judikatsentscheidung festgesetzt ist, nach dem Konkurse fort.

Der vor dem Konkurse über eine Forderung etwa schon anhängige Prozeß ist für die Anwendung des Abs. 2 unwesentlich. Auch wenn zur Zeit der K.Eröffnung bereits ein Prozeß gegen den G.Schuldner anhängig war, worin derselbe den Anspruch bestritten hatte, erhält der Gläubiger gemäß § 152 einen Exekutionstitel, falls der G.-Schuldner die Forderung nicht im Prüfungstermine bestritten hat und falls dieselbe festgestellt ist. Einer Aufnahme des früheren Prozesses bedarf es dann nicht. — Der Prüfungs-Termin hat für die bestreitende Erklärung des G.Schuldners präkludirende Bedeutung. Eine Restitution ist nicht zulässig. C.P.O. § 211. Anm. 2 zu § 65.

4) Form der Zwangsvollstreckung. Die Eintragung der Feststellung in die Tabelle ohne Vermerk einer bestreitenden Erklärung des G.Schuldners ist der Exekutionstitel für den Gläubiger. Die Sorge dafür (nach §§ 133, 134 Abs. 7) ist also wesentlich. Ein beglaubigter Auszug aus der Tabelle, welchen der Gläubiger verlangen kann, C.P.O. § 271, giebt mit Vollstreckungsklausel nach C.P.O. §§ 662 ff. versehen die Legitimation zur Zwangsvollstreckung. — Falls zur Zeit der Schlußvertheilung und K.Aufhebung noch Prozesse über die Feststellung schweben, so sind dieselben an Stelle des dann nicht mehr legitimirten Verwalters vom G.Schuldner selbst weiter zu führen (§§ 5, 151; C.P.O. § 218; Anm. 2 zu § 149). Der Klageantrag ist seitens des Gläubigers je nach der Sachlage zu ändern. C.P.O. § 240 Nr. 3.

5) Abs. 3. Gerichtszuständigkeit. Im Abs. 3 ist nur die Zuständigkeit des im § 134 Abs. 2 bezeichneten Gerichts für die in den Anm. 5, 6, 7 erwähnten Fälle behufs der Verfolgung der Rechte der Gläubiger bez. der Einwendungen des G.Schuldners nach der K.Beendigung bestimmt. — Auf Ertheilung einer Vollstreckungsklausel muß der Gläubiger im Falle der C.P.O. § 667 klagen, wenn der Nachweis einer Thatsache, welche außer einer Sicherheitsleistung zur Vollstreckbarkeit bedingend ist, oder der Nachweis einer legitimirenden bez. verpflichtenden Rechtsnachfolge nicht durch öffentliche Urkunden geführt werden kann. Ueber Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, entscheidet nach C.P.O. § 668 das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt ist. Vgl. Anm. 7.

6) Einwendungen des Schuldners, welche den im Exekutionstitel festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind nur gemäß C.P.O. § 686 zulässig und durch Klage zu verfolgen. Sie sind im ordentlichen Civilprozesse nach § 686 Abs. 2 nur zulässig, soweit die Gründe, worauf sie beruhen (Einwand der Zahlung, des Vergleichs, Erlasses u. s. w.) erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, worin sie spätestens nach der C.P.O. hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Für den Fall des § 152 vertritt der Schluß des Prüfungstermins die Stelle jener mündlichen Verhandlung behufs entsprechender Anwendung des § 686. Hinsichtlich der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung sind die §§ 688, 689 C.P.O. entsprechend anwendbar. Vgl. Strieth. 54, 336.

7) Werden vom Schuldner solche als bewiesen angenommene Thatsachen bez. Rechtsnachfolgerschaften bestritten, so findet C.P.O. § 687 (Einwand im Wege der Klage) Anwendung, unbeschadet der Befugniß des Schuldners, dann gemäß C.P.O. § 668 Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel (im Wege eines beschwerenden Antrags ohne Klage, vgl. vorst. Anm. 5) zu erheben. Die Beschränkung, welche C.P.O. § 686 Abs. 2 für Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, hinsichtlich ihrer Entstehungszeit vorschreibt (Anm. 6), findet für den Fall der Anm. 7 keine Anwendung. Hinsichtlich der Einstellung der Zwangsvollstreckung sind auch hier die §§ 688 689 C.P.O. anwendbar.

§ 153.

Wenn nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung Beträge, welche von der Masse zurückbehalten sind, für dieselbe frei werden, oder Beträge, welche aus der Masse gezahlt sind, zur Masse zurückfließen,[1] so sind dieselben von dem Verwalter nach Anordnung des Konkursgerichts auf Grund des Schlußverzeichnisses zur nachträglichen Vertheilung zu bringen. Die über die Verwaltung und Vertheilung solcher Beträge abzulegende Rechnung unterliegt der Prüfung des Konkursgerichts.[2]

Dasselbe gilt, wenn nach der Schlußvertheilung oder der Aufhebung des Verfahrens zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden.[3]

E. I. 160. P. 278.

1) Die Nachtragsvertheilung, welche § 153 behandelt, ist ein Ausnahmeverfahren. Nach der in der Regel den Konkurs beendigenden Schlußvertheilung ist es nur in den für dasselbe ausdrücklich vorbehaltenen Fällen anwendbar. Dahin gehören nach Abs. 1: I. Beträge, welche früher von der Masse zurückbehalten, „nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung“ für die Masse frei werden: a. weil der Liquidant betreffs einer streitigen gemäß §§ 140, 155 Nr. 1 zurückbehaltenen Post unterlegen ist; b) weil eine Sicherheitsleistung des Verwalters, gemäß § 142 Abs. 2 für eine aufschiebend bedingte Forderung hinterlegt, frei wird, wenn die Bedingung nicht eintritt, § 155 Nr. 2; c) weil für einen nach § 155 Nr. 4 zurückbehaltenen Antheil, wenn der resolutiv-bedingte Gläubiger die Sicherheit nicht geleistet hat, die Resolutivbedingung eintritt; II. Beträge, welche aus der Masse gezahlt sind, „nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung“ zur Masse zurückfließen, weil sie irrthümlich gezahlt sind, oder an resolutiv-bedingte Gläubiger gezahlt sind und die Resolutivbedingung eintritt, § 60, oder zur Sicherung der Kompensation einer aufschiebend bedingten Forderung hinterlegt, nach §§ 158, 47 Abs. 3 zurückfließen; III. ferner nach Abs. 2 Vermögensstücke, welche erst „nach der Schlußvertheilung oder der Aufhebung des Verfahrens“ als zur K.Masse gehörig ermittelt werden.

Zur genauen Feststellung des für die Schluß- bez. Nachtragsvertheilung entscheidenden Moments kommt es darauf an, welcher Zeitpunkt unter dem „Vollzuge der Schlußvertheilung“ im Sinne des Abs. 1 zu verstehen ist, um von dann ab die Zugehörigkeit zur Nachtragsvertheilung zu bemessen. Mit Rücksicht auf den Zweck und die sachgemäße praktische Handhabung der Vertheilungen ist mit Stieglitz S. 601, 602 anzunehmen, daß die Worte: „nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung“ gleichbedeutend sein sollen mit: „nach dem Beginne dieses Vollzuges“, nämlich nach der Festsetzung der Berechnung für die Schlußvertheilung, Anm. 5 zu § 150. Hat die Schlußvertheilung begonnen, so ist ohne verwirrende Umrechnung in der Regel eine rückwärtige Aenderung nicht möglich und die später frei werdenden oder zurückfließenden Beträge sind daher der Nachtragsvertheilung zu überweisen. — Aus gleichen praktischen Zweckrücksichten sind im Abs. 2 die Worte: „nach der Schlußvertheilung“ in der Bedeutung „nach dem Beginne der Schlußvertheilung“ zu verstehen; andernfalls würden alle während des Vollzuges der Schlußvertheilung bekannt werdenden Objekte, insbesondere Anfechtungsansprüche, zu den Objekten der Nachtragsvertheilung nicht mehr gehören, folglich da über dieselben bei der Schlußvertheilung nicht disponirt ist, als dem G.Schuldner anheimgefallen zu betrachten sein, offenbar gegen die Absicht des Gesetzes, welches nur die bei der Berathung im Schlußtermine, § 150, bekannten Vermögensstücke als Gegensatz zur nachträglichen Ermittelung gemäß § 153 Abs. 2 hat verstehen wollen. Stieglitz S. 604.

2) Die Nachtragsvertheilung soll „nach Anordnung des K.Gerichts" erfolgen. Hierdurch ist für dies Verfahren die Offizialthätigkeit des Gerichts bestimmt. Das Gericht kann das Verfahren von Amtswegen veranlassen, sobald es von Objekten für dasselbe Kenntniß erhält. Indeß ist dafür der Antrag des Verwalters, sofern ein solcher noch vorhanden ist, oder eines K.Gläubigers nicht ausgeschlossen. Gegen die Ablehnung des Antrags würde dem Antragsteller nach den allgemeinen Grundsätzen des § 66 die Beschwerde zustehen; gegen die Anordnung der Nachtragsvertheilung haben der Verwalter wie der G.Schuldner als Betheiligte die Beschwerde. Die „Anordnung" der Vertheilung umfaßt außer der Anregung auch die inhaltliche Bestimmung über die Fortsetzung des Vertheilungsverfahrens. Dieselbe, sowie die Prüfung der Rechnung über die Verwaltung der Nachtragsobjekte und deren Vertheilung ist dem K.Gericht übertragen, da die G.Versammlung und ein etwaiger G.Ausschuß zu funktioniren aufgehört haben. Im Uebrigen werden solche Nachtragsvertheilungen als Theil und Fortsetzung der Schlußvertheilung betrachtet. Der frühere Vewalter hat sich daher der Realisation und Vertheilung in Fortsetzung seiner früheren Funktionen zu unterziehen. „Die Bewilligung eines nachträglichen Honorars ist nicht ausgeschlossen. Sollte er nicht mehr zu haben sein, so müßte das Gericht einen Vertreter ad hoc bestellen." Mot. 386.

Das Schlußverzeichniß (§ 150) ist die Grundlage auch für die Nachtragsvertheilung, selbstverständlich unter Berücksichtigung der etwaigen Aenderungen, welche der Verwalter gemäß § 145 vorgenommen hat, und der in Folge von Einwendungen nach § 150 Abs. 2 erfolgten Berichtigungen, Anm. 2, 3 zu § 150. Die Präklusion der nicht gehörig verfolgten Konkurs-Ansprüche mit der Ausschlußfrist gegen das Schlußverzeichniß, §§ 140, 141 Abs. 1, 142 Abs. 2, wirkt auch für die Nachtragsvertheilung. Zur Präklusion etwaiger Massegläubiger nach § 159 auf den Gegenstand der nachträglichen Vertheilung ist es jedoch nöthig, die Nachtragsvertheilung bekannt zu machen. Dieselbe muß nach § 139 erfolgen. Die Mot. erklären: „nur die nachträgliche Theilungssumme braucht bekannt gemacht zu werden." (S. 386.) Mit Rücksicht darauf, daß die Nachtragsvertheilung nach Abs. 1 „auf Grund des Schlußverzeichnisses" erfolgen soll, wird dies auch als für dieselbe dem § 139 entsprechend anzusehen sein, da das Schlußverzeichniß bereits niedergelegt ist, die sich aus demselben ergebende Summe der Forderungen schon früher festgestellt war und daher als Gegenstand der öffentlichen Bekanntmachung nur der für die Theilung verfügbare Massebestand übrig bleibt. Vgl. Anm. 2 zu § 159. Prot. 108—111. Die Ausschlußfrist des § 140 nach der Bekanntmachung hat nach Obigem für diese Nachtragsvertheilung keine Bedeutung mehr, da mit der Präklusion gegen das Schlußverzeichniß der Kreis der möglichen berechtigten Konkursgläubiger abgeschlossen ist, und aus demselben Grunde fallen auch Entscheidungen über Einwendungen gegen das Verzeichniß fort; ebenso bedarf es nicht eines Termins zur Verhandlung.

3) Abs. 2. In welchem Zeitraume die nachträgliche Ermittelung erfolgt sein muß, um die Nachtragsvertheilung im Sinne des Abs. 2 eintreten zu lassen, ist in Anm. 1 oben erörtert. Die nachträglich ermittelten Objekte bleiben daher, soweit sie gemäß § 1 zur K.Masse gehören, dem K.Anspruch der K.Gläubiger im Sinne des § 2 unterworfen. Dazu gehören auch Objekte, welche nach § 6 (vgl. Anm. 1 zu § 6) bez. vermittelst der Anfechtung von Rechtshandlungen zur Masse gewonnen werden können. Vgl. Anm. zu § 99. Mot. 331, 332. In der R.K. wurde angeregt, auch die später flüssig werdenden wiederkehrenden Leistungen, welche nicht verwerthet werden konnten, zur Nachtragsvertheilung zu bringen, sofern im Schlußtermin nichts Anderes beschlossen wurde. Der Anregung wurde indeß keine Folge gegeben und der darauf gerichtete Antrag wurde zurückgenommen, nachdem Hagens auf §§ 122 Nr. 1, 150 und den Anfall der nicht verwertheten Objekte an den G.Schuldner aufmerksam gemacht hatte. Vgl. Anm. 1 zu § 149.

§ 154.

Der Vollzug einer jeden Vertheilung erfolgt durch den Verwalter.[1]

E. I. 159. 161. 163—165.

1) In welcher Weise die Auszahlung der zahlbaren Beträge erfolgt, wird sich nach der Konvenienz des Verwalters und der Betheiligten richten. Im Falle einer Differenz entscheiden die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Modalitäten, Zeit und Legitimation hinsichtlich der Auszahlungen. Nach E. I. § 164 sollte ein Rechtsanwalt, welcher einen K.Gläubiger im K.Verfahren vertritt, keiner besonderen Vollmacht zur Empfangnahme bedürfen, andere Vertreter hierzu aber „in glaubhafter Form" besonders ermächtigt sein müssen. Indeß wurde dann von einer speziellen Vorschrift hierüber Abstand genommen, ebenso von der Bestimmung eines Theilungstages, welchen E. I. § 159 in Aussicht nahm. Nach E. I. §§ 161 ff. sollte auch die Ausführung obligatorisch derartig erfolgen, daß jeder Gläubiger eine mit einem Annahmevermerke der Hinterlegungsstelle versehene Anweisung auf dieselbe erhalten sollte. Dies wurde aufgegeben, da ein solches Verfahren nicht überall praktisch ausführbar ist. Mot. 353, 387.

In Betreff des Ortes der Auszahlung ist allgemein anzunehmen, daß die Gläubiger ihre Antheile beim Verwalter zu holen haben und er sie ihnen nicht zu schicken braucht; sie sollen dieselben nach § 156 „erheben", wenn sie nicht hinterlegt werden sollen und die Mittheilung des Prozentsatzes, § 147 Abs. 2, soll sie in den Stand setzen, die ihnen gebührende Dividende „zu erheben." Mot. 380. v. Sarwey S. 613, 633; Stieglitz S. 576.

§ 155.

Die Antheile

1. auf Forderungen, welche in Folge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen sind,[1]
2. auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen,[2]
3. auf Forderungen, für welche eine abgesonderte Befriedigung beansprucht und der Vorschrift des § 141 Abs. 2 genügt ist,[3]
4. auf Forderungen unter auflösender Bedingung, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet,[4]

werden zurückbehalten.[5]

E. I. 162. 153. P. 246. ff. 250. ff. 255.

1) Die Vorschriften des § 155 gelten für alle Vertheilungen, soweit sie dafür anwendbar sein können; vgl. Anm. 3. Zu Nr. 1: Die Zurückbehaltung der Antheile für streitig gebliebene Forderungen hat gemäß §§ 134 Abs. 1, 6, 140 eine verschiedene Bedeutung a hinsichtlich derjenigen, für welche ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt (§ 134 Abs. 6); und b. hinsichtlich anderer Forderungen. Für erstere ist der Antheil zurückzubehalten, wenn vor der Auszahlung der Widersprechende dem Verwalter nachweist, daß er seinen Widerspruch durch Prozeß gemäß § 134 Abs. 6 verfolgt hat. Der § 140 und die darin bestimmte Ausschlußfrist sind hierfür nicht anwendbar. Wird ein solcher Nachweis nicht geführt, so ist dem Liquidanten die Dividende zu zahlen. Dem im § 155 Nr. 1 behufs der Zurückbehaltung aufgestellten Erfordernisse, daß die Forderung in Folge eines Widerspruchs „im Prozesse befangen" ist, ist beim Widerspruch Mehrerer schon dann genügt, wenn auch nur ein Widersprechender den Prozeß anhängig gemacht

hat. Ist derselbe abgewiesen und für einen Anderen ein Prozeß nicht anhängig gemacht, so ist der Antheil an den Liquidanten zu zahlen. Stieglitz S. 606, 607.

Für andere, nach § 134 Abs. 1, 2 vom Gläubiger zu betreibende Forderungen ist dagegen eine Dividende nur dann zu berechnen und zurückzubehalten, wenn der Gläubiger innerhalb der Ausschlußfrist des § 140 die Anhängigmachung des Prozesses nachweist. Beim Widerspruch Mehrerer ist der Antheil zurückzubehalten, wenn auch nur gegen einen Widersprechenden zunächst geklagt ist; unbeschadet der Vorschrift, daß zur Feststellung und Auszahlung der Widerspruch Aller beseitigt sein muß und daß der Zurückbehaltungsgrund zu Nr. 1 fortfällt, wenn noch ein Widerspruch besteht und zur Zeit gegen keinen Widersprechenden ein Prozeß anhängig gemacht ist. Anm. 4 zu § 140.

Der Zurückbehaltungsgrund zu Nr. 1, welcher bei Abschlags- und Schlußvertheilungen vorkommen kann, kann auch mit einem der Gründe zu Nr. 2—4 konkurriren.

2) Zu Nr. 2 vgl. Anm. 2, 4 zu § 142.

3) Der Grund zu Nr. 3 ist nur bei Abschlagsvertheilungen anwendbar. Anm. 6 zu § 141.

4) Zu Nr. 4. Für die Zurückbehaltung bez. Auszahlung der Antheile für auflösend bedingte Forderungen ist maßgebend, ob der Gläubiger gemäß dem zwischen ihm und dem G.Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisse nach dem bürgerlichen Rechte verpflichtet ist, Sicherheit für die von ihm bei Eintritt der auflösenden Bedingung zu leistende Rückgewähr zu bestellen. Anm. zu § 59 und Anm. 2 zu § 60. Ist diese Frage nicht schon bei der Prüfung der Forderung bez. durch beiderseitiges Einverständniß erledigt, so muß der Gläubiger, falls er seine Verpflichtung bestreitet, gegen den Verwalter, welcher von dem Zurückbehaltungsrechte zu 4 (bei Abschlags- oder Schlußvertheilungen) Gebrauch macht, auf Auszahlung klagen; oder der Verwalter selbst kann nach C.P.O. § 231 klagen. Jedenfalls hat der Verwalter für die von ihm behauptete Verpflichtung des Gläubigers die Beweislast. Eine Bestimmung, von wem und wann die Sache zur Erledigung zu bringen sei, ist in der K.O. nicht getroffen. Wird der Antheil zurückbehalten und im Prozeßwege nicht das Recht zur Auszahlung erwirkt, so bleibt der Betrag (§ 156) hinterlegt, bis sich ergiebt, ob die auflösende Bedingung eintritt. Er kommt nöthigenfalls nach § 153 zur Nachtragsvertheilung.

5) Bis wann eine Zurückbehaltung stattfinden kann und ob die Antheile an die Gläubiger zu zahlen sind oder zur Masse fließen, richtet sich darnach, ob, wann und zu wessen Gunsten — des Gläubigers oder des G.Schuldners bez. der K.Masse — das Hinderniß der Zahlung an den Gläubiger fortgefallen oder die Beträge für eine fernere Vertheilung freigeworden sind. Dies ergiebt sich zu 1 aus dem Resultate des Prozesses, zu 2 aus § 142, zu 3 aus § 141 und zu 4 aus vorst. Anm. 4.

Außer den Fällen zu Nr. 1—4 sind auch nach § 201 die Antheile der Gesellschaftsgläubiger im Konkurse über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters zurückzubehalten, bis der Ausfall beim Gesellschaftsvermögen feststeht. Diese Zurückbehaltung erfolgt selbst bei der Schlußvertheilung. Die Gesellschaftsgläubiger sind dadurch den suspensiv bedingt Berechtigten, welchen der G.Schuldner civilrechtlich Sicherheit zu leisten verpflichtet ist, gleichgestellt. Vgl. Anm. 3 zu § 201. Anm. 4 zu § 142.

§ 156.

Die Beträge, welche bei dem Vollzuge der Schlußvertheilung zurückzubehalten sind, oder welche bis zu diesem Zeitpunkte nicht erhoben wer-

den, hat der Verwalter nach Anordnung des Gerichts[1] für Rechnung der Betheiligten zu hinterlegen.[2]

E. I. 165. 159.

1) Nur über die Zurückbehaltung bei Schlußvertheilungen bestimmt § 156. Die bei Abschlagsvertheilungen zurückbehaltenen oder nicht erhobenen Beträge bleiben in der Masse, welcher die etwaigen Zinsen zuwachsen. Den Gläubigern ist auf Zinsen oder auf zinsbare Anlegung zu ihren Gunsten kein Recht eingeräumt. Besondere Massen werden dafür nicht gebildet. Vgl. Anm. I., III. zu § 1. Die im E. I. §§ 165, 159 beabsichtigte Bestimmung, daß nur die Zinsen bis zu einem bekannt zu machenden Theilungstage zur Gemeinmasse fließen sollten, ist in den E. nicht aufgenommen.

Beträge, welche bei der Schlußvertheilung zurückbehalten oder bis dahin nicht erhoben sind, sollen vom Verwalter gemäß der „Anordnung des Gerichts" hinterlegt werden, um nach Beseitigung des G.Ausschusses und der G.Versammlung eine Kontrolle des Verwalters eintreten zu lassen. Der Verwalter wird daher dem Gerichte die Ausführung der Schlußvertheilung nachweisen müssen, da dasselbe sonst nicht ersehen kann, ob dem § 156 vollständig entsprochen wird, wie der Verwalter schon ohnehin verpflichtet ist, dem Gerichte den Vollzug der Schlußvertheilung nachzuweisen, vgl. Anm. zu §§ 149, 151.

Die Anordnung des Gerichts ist eine Entscheidung; der Verwalter sowie jeder dabei Betheiligte haben das Recht der Beschwerde dagegen, § 66. Abgesehen von diesem Beschwerderechte hat der Verwalter, auch sofern sonst seine Funktionen nach der K.Aufhebung beendigt sind, Anm. 2 zu § 151, die Anordnungen des Gerichts auszuführen, die hierzu sowie vorher zur sachgemäßen Beschlußfassung über die Anordnung selbst nöthigen Anträge zu stellen, die Gläubiger, die Beträge, die Hinterlegungsgründe bez. die betreffs ihrer Beseitigung erheblichen Momente anzugeben. Die Anordnungen selbst müssen natürlich den Gesetzen entsprechen. Darüber, welche Sicherstellung im Falle des § 47 Abs. 3 für die Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung zu leisten ist, und in welcher Weise, hat im Streitfalle das Prozeßgericht zu entscheiden. Anm. 4 zu § 47. In dieser Beziehung kann sich die Anordnung des K.Gerichts selbstverständlich nur darauf beschränken, daß die Bestimmung des Prozeßgerichts ausgeführt wird. Vgl. § 158.

Die vom § 156 betroffenen zu hinterlegenden Beträge sind a. die Beträge, welche nach § 155 Nr. 1, 2, 4 bei der Schlußvertheilung, d. h. bei der hierüber vom Verwalter zu treffenden Entscheidung bei Beginn der Schlußvertheilung, vgl. Anm. 1 zu § 153, zurückzubehalten sind und ferner b. die nicht erhobenen Dividenden. Zu den letzteren gehören nicht nur die Dividenden, welche in Folge der Schlußvertheilung zu erheben waren, sondern auch die in Folge früherer Abschlagsvertheilungen nicht erhobenen. Dem Zwecke des § 156 würde es aber offenbar nicht entsprechen, hinsichtlich der nicht erhobenen Dividenden die Worte „bis zu diesem Zeitpunkte" hier ebenso auszulegen, wie für § 153 Abs. 1, so daß der Beginn des Vollzuges der Schlußvertheilung als Zeitmoment entscheidend wäre, bis zu welchem die Beträge schon erhoben sein müßten, um nicht hinterlegt zu werden. Vielmehr ist hier erst das Ende des sonstigen Vollzuges maßgebend, da der Vollzug gerade die Ausführung der Erhebung enthält. Sachgemäß wird der Verwalter vor dem Antrage auf Hinterlegung Versuche machen, die Erhebung zu ermöglichen bez. den Betheiligten eine Frist zum Abschlusse der Vertheilung bezeichnen.

2) Die Beträge sind „für Rechnung der Betheiligten" zu hinterlegen. Daraus folgt, daß den Betheiligten d. h. dem berechtigten Gläubiger bez. der Masse je nach der Art der Erledigung des Hinterlegungsgrundes die erwachsenden Zinsen gebühren, indeß auch die ferneren Kosten und die Gefahr zur Last fallen. Der G.Schuldner, für welchen

durch die Hinterlegung bedingt gezahlt ist, wird von seiner Verpflichtung befreit. Vgl. Windscheid § 347, A.L.R. I. 16 § 213. — Darüber, wann später die Beträge zur Verfügung zu stellen sind s. Anm. 5 zu § 155. Der Vorschlag des E. I. § 165: Beträge, welche binnen einem Jahre nach der K.Aufhebung bez. nach der etwa späteren Zulässigkeit der Auszahlung noch nicht erhoben sind, dem G.Schuldner auszuzahlen, ist im E. nicht aufgenommen. Die K.O. enthält keine Bestimmung darüber, was geschehen soll, wenn auch nachträglich die Beträge nicht erhoben werden. Hierüber entscheidet daher das bürgerliche Recht. Auf Grund der K.O. würde das K.Gericht nicht befugt sein, den Betheiligten eine präklusivische Erhebungsfrist mit dem Präjudiz des Verlustes ihrer Rechte oder der Aufhebung der Hinterlegung zu stellen. A.M. Hullmann S. 303. Bei der Anwendung des bürgerlichen Rechtes ist zu berücksichtigen, daß als Betheiligte einerseits der eventuell berechtigte Gläubiger, andrerseits nicht der G.Schuldner persönlich, sondern derselbe durch den Verwalter vertreten bez. zu Gunsten aller K.Gläubiger und der K.Masse, soweit ein Freiwerden oder Zurückfließen für dieselbe erfolgen kann, zu gelten haben. Dies kommt namentlich nach der Richtung in Betracht, daß nach § 156 (auch nach §§ 30, 39 preuß. Hinterleg.-Ord. v. 14. März 1879, vgl. auch §§ 14 Abs. 3, 19 Abs. 3, 6) die hinterlegten Beträge gemäß gemeinschaftlicher Erklärung aller sich einigenden Betheiligten auszuzahlen sind. Das Schicksal der hinterlegten Beträge kann auch davon abhängen, wo die angeordnete Hinterlegung stattfinden soll, insofern in der Hinterlegung an einer bestimmten, namentlich staatlichen, Stelle eine Unterwerfung unter deren Vorschriften hinsichtlich der Auszahlung begründet ist. Das K.Gericht ist nicht daran gebunden, bei den amtlichen Hinterlegungsstellen hinterlegen zu lassen. Wird dies jedoch angeordnet, so bleiben auch die desfallsigen landesgesetzlichen Bestimmungen maßgebend. Vgl. die Vorschriften der preuß. Hinterl.-Ordn. v. 14. März 1879 §§ 53—69 über die Einstellung der Verzinsung nach zehn Jahren nach der Hinterlegung bez. nach einem Nachweise der Fortdauer der Veranlassung und über das Aufgebot nach weiteren zwanzig Jahren mit dem Rechtsnachtheil der Präklusion der Ansprüche gegen die Staatskasse.

§ 157.

Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen kann der Verwalter mit Ermächtigung des Gerichts unabhängig von den Vertheilungen leisten.[1]

E. I. 150. P. 240.

1) Diese Zahlungen glaubte die K.O. ungeachtet ihres Prinzips der Selbstverwaltung unter die Kontrolle des Gerichts stellen zu müssen. (Anders im E. I. § 150.) Ein Recht auf frühere Auszahlung haben die Gläubiger nicht. Mot. 373. Dem antragstellenden Verwalter oder Gläubiger wird nach dem allgemeinen Grundsatze des § 66 die Beschwerde gegen eine Ablehnung des Antrags nicht versagt werden können. Sie hat indeß nur die Wirkung, daß das Beschwerdegericht mit gleichem freien Ermessen zu prüfen hat, ob nach Lage der Masse eine Auszahlung unschädlich ist.

§ 158.

Beträge, welche zur Sicherstellung eines bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers nach Maßgabe des § 47 Abs. 3 hinterlegt worden sind,[1] fließen zur Konkursmasse zurück, sofern nicht bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist für die Schlußvertheilung dem Verwalter[2] der Eintritt der

Bedingung nachgewiesen wird, oder soweit nicht der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war.[3]

E. I. 53.

1) Der § 158 setzt den Fall voraus, daß ein Schuldner des G.Schuldners gegen seine Schuld mit einer ihm zustehenden aufschiebend bedingten Forderung aufrechnen will, seine Schuld gezahlt und dagegen Sicherheit für die Aufrechnung nach § 47 Abs. 3 durch Hinterlegung eines Betrages erlangt hat. Für diesen Fall enthält § 158 nur die Anwendung der Grundsätze, welche nach § 142 Abs. 2 für den Gläubiger einer aufschiebend bedingten K.Forderung ohne Kompensationsverhältniß maßgebend sind.

2) Vgl. Anm. 3, 4 zu 140.

3) War die Bedingung bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist nicht eingetreten, so ist bei der Schlußvertheilung der Betrag nur dann noch zurückzubehalten, wenn der G.Schuldner nach dem bürgerlichen Rechte zur Sicherstellung verpflichtet war. Vgl. Anm. 2, 4 zu § 142. In Betreff dieser gesetzlichen Verpflichtung zur Sicherheitsleistung genügt es, falls der G.Schuldner für die Forderung des aufrechnenden Gläubigers nach Qualität und Grund der Forderung an sich Sicherheit leisten muß. Vgl. Anm. 2 zu § 60. Ergänzend kommen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Anwendung, nach welchen durch Deposition der Streitsumme wegen Gegenforderungen Sicherheit erwirkt werden kann. Gemäß dem preuß. A.L.R. I. 16 §§ 226, 360 ist der Gläubiger wegen streitiger Gegenforderungen (auch wenn sie illiquid sind) unter den Erfordernissen eines gesetzmäßigen Arrestschlages zur Deposition zuzulassen. Vgl. Anm. 4, 5 zu § 47.

§ 159.

Masseansprüche, welche nicht bis zu der Festsetzung des Prozentsatzes oder der Beendigung des Schlußtermins oder der Bekanntmachung einer Nachtragsvertheilung zur Kenntniß des Verwalters gelangt sind,[1] können nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich ist oder den Gegenstand der Schlußvertheilung oder der Nachtragsvertheilung bildet.[2]

E. I. 153.

1) Durch § 159 werden die Masseansprüche — Massekosten und Masseschulden, Vorb. vor § 50 — der thatsächlichen relativen Präklusion bei Vertheilungen unterworfen, so daß die jedesmal den K.Gläubigern auszuzahlenden Beträge auch vor der Rückforderung seitens der Massegläubiger sicher sind. Die Präklusion der Massegläubiger setzt in allen Fällen voraus, daß die Masseansprüche nicht zeitig zur Kenntniß des Verwalters gelangt waren. Wie die Ansprüche zur Kenntniß des Verwalters gelangt sind, ist für seine Pflicht zur Berücksichtigung derselben gleichgültig. Sind dagegen die Ansprüche dem Verwalter rechtzeitig mitgetheilt und ist § 159 daher nicht anwendbar, so ist der Verwalter gemäß §§ 5, 50 bei eigener Verantwortlichkeit verpflichtet, für Deckung zu sorgen. Der Massegläubiger kann, wenn der Verwalter die Ansprüche nicht berücksichtigt, bei bevorstehender Vertheilung einen Arrest auf die Masse veranlassen, „da der Umstand, daß eine Vertheilung bevorsteht, als ein zureichender Arrestgrund anzusehen sein wird." Mot. 389. C.P.O. §§ 797, 800. Er kann auch, abgesehen von dem Regreßanspruche gegen den Verwalter, den Betrag seiner Forderung, falls die Masse ohne seine Berücksichtigung vertheilt ist, gegen die Empfänger kondiziren. Vgl. Anm. 2 zu § 150. In allen Fällen und selbst wenn er nach § 159 präkludirt ist, haftet ihm der G.Schuldner persönlich, weil die Masseschulden Schulden des G.Schuldners sind. Vorbem. vor § 50.

2) Die für die Nachweise der Konkursgläubiger wichtige Ausschlußfrist des § 140 ist für die Präklusion der Massegläubiger bedeutungslos. Die Zeiten, in welchen sie ihre Ansprüche zur Kenntniß des Verwalters bringen müssen und die Massebestände, hinsichtlich welcher die Präklusion erfolgt, sind in dreifacher Weise unterschieden. Die Präklusion erfolgt a. bei Abschlagsvertheilungen mit der „Festsetzung des Prozentsatzes" d. h. mit der Mittheilung dieses Prozentsatzes an die Gläubiger, wenngleich nur an Einzelne, vgl. § 147 Abs. 2. Diese Präklusion schließt von der Betheiligung an dem zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlichen Betrage aus. Der Prozentsatz für Abschlagzahlungen wird nach dem Verhältniß derjenigen Gläubiger bestimmt, welche mit Rücksicht auf die Präklusionen der §§ 140, 141, 142 Abs. 1, 146 für die Abschlagsvertheilung zu berücksichtigen sind. Die Präklusion des § 159 betrifft für Abschlagsvertheilungen daher auch nur denjenigen Massenbestand, welcher zur Auszahlung des Prozentsatzes an diese Gläubiger nöthig ist; nicht auch die nach Abzug dieses Bestandes vorhandene „Restmasse", aus welcher nach § 143 nachträglich noch anderen Gläubigern derselbe Prozentsatz gezahlt werden kann. Anm. 4 zu § 143.

b. Bei Schlußvertheilungen erfolgt die Präklusion mit der „Beendigung des Schlußtermins", also wenn der Richter die Terminsverhandlung geschlossen hat (C.P.O. § 127 Abs. 4), für den „Gegenstand der Schlußvertheilung" d. h. für den gesammten Massebestand, welcher bei der Schlußvertheilung zur Zahlung oder Zurückbehaltung bez. Hinterlegung zu berücksichtigen ist und nicht der Nachtragsvertheilung vorbehalten bleibt.

c. Bei Nachtragsvertheilungen präkludirt die „Bekanntmachung der Nachtragsvertheilungen", also gemäß § 68 der Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des veröffentlichenden Blattes, für „den Gegenstand der Nachtragsvertheilung" sowohl für die bei dieser auszuzahlenden als für die bei ihr zurückzubehaltenden Beträge. Im Entw. fehlten die Worte: „oder der Bekanntmachung einer Nachtragsvertheilung" und nach den Mot. zu § 153 sollten mit dem Ausschlusse für die Schlußvertheilung die Massegläubiger auch zugleich für die Nachtragsvertheilungen präkludirt sein. Die R.K. fügte indeß jenen Zusatz bei, um für die Nachtragstheilungen eine spätere Präklusionsfrist zu bestimmen, zumal da selbst nach der Schlußvertheilung noch Masseansprüche entstehen können. Prot. 108, 109, 111. Wegen der Bekanntmachung der Nachtragsvertheilung vgl. Anm. 2 zu § 153.

Sechster Titel.

Zwangsvergleich.

1) Der Zwangsakkord mit bindender Kraft für die Minorität der Gläubiger ist zugelassen, weil für das Uebel der Zahlungsunfähigkeit der Konkurs oft nur eine unvollkommene Erledigung schafft und weil der Akkord häufig ein schnelleres und besseres Mittel darbietet, welches im gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger und in Folge der unter ihnen begründeten rechtlichen Gemeinschaft der Einzelne nicht zur Schädigung des gleichen Rechtes aller Anderen unmöglich machen soll. Das römische Recht gestattete nur dem Erben einer verschuldeten Erbschaft, einen von der Mehrheit der Gläubiger genehmigten Vergleich unter theilweisem Erlaß der Forderungen durch die Billigung des Richters für die Minderheit bindend erklären zu lassen. Im gemeinen Rechte ist dies gewohnheitsrechtlich auf alle G.Schuldner ausgedehnt; wenngleich von verschiedenen partikularrechtlichen Gesetzgebungen (Holstein, Oldenburg, Nassau, Baden, Mecklenburg, Hannover, Bayern, Lübeck) der Zwang gegen die Nichtkonsentirenden reprobirt wird. Im Anschlusse an die bisherige übliche Geltung in den meisten deutschen Landesrechten hat die K.O. den Akkord als ordentliches und wünschenswerthes Mittel zur Konkursbeendi-

gung beibehalten. Als unberechtigt sind dabei die eigenartigen Gestaltungen verlassen, welche der Akkord in einzelnen Partikular-Rechten erhalten hatte, wie in der Hamburger Falliten-Ordnung, welche einen Akkord zuließ, wenn den einzelnen Klassen der Gläubiger für jede Klasse bestimmte Prozente ihrer Forderungen (40 bez. 30 und 20 pCt.) zugesichert wurde; oder wie in der Gesetzgebung von Bremen, welche den Akkord als Verfahren behandelte, worin mit Hülfe eines Moratorium die gegenwärtige Masse versilbert und an die Gläubiger vertheilt wurde, während der künftige Erwerb dem Schuldner freiblieb und der Akkord gegen die Nicht-Zustimmenden als Zwangsstundung für die nächsten Jahre bez. bis zum Nachweis besserer Vermögenslage des Schuldners wirkte.

Die K.O. folgt im Wesentlichen den Grundsätzen der P.K.O. v. 1855, welche der französischen Gesetzgebung folgend im Ganzen auch mit dem gemeinrechtlichen Akkordverfahren und den Gesetzgebungen von England, Belgien, Spanien u. s. w. übereinstimmt. Die K.O. gründet den Zwangsakkord auf den Willen der doppelten Majorität der Zahl der Gläubiger und der Summen ihrer Forderungen. Sie verlangt aber als Garantien: die gerichtliche Prüfung und Bestätigung und zwar im gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger, welches für die richterliche Bestätigung maßgebend sein soll, und ferner die Verwerfung schon des Versuchs zum Akkorde, wenn nach den Umständen der sachgemäße Abschluß oder die gerichtliche Bestätigung jedes Akkordes ausgeschlossen erscheint. Wesentlich abweichend von der P.K.O. ist die K.O. darin, daß (abgesehen vom Falle eines betrüglichen Bankerutts, § 162) dem Vergleiche nicht (wie in P.) im Interesse „der öffentlichen Ordnung" die Bestätigung versagt werden darf, — eine allerdings unbestimmte und dehnbare Beschränkung, deren Eingreifen in die Privatinteressen eine Bestrafung unschuldiger Gläubiger involvirt, statt die Strafe innerhalb der Grenzen der Schuld zu beschränken; ferner darin, daß die gerichtliche Prüfung (des gemeinsamen Interesse) nicht (wie in P.) von Amtswegen, sondern nur auf Antrag der Betheiligten erfolgt; sowie darin, daß (was in der P. verboten war) auch eine Wiederholung des Akkordverfahrens an sich zulässig ist. Zugleich ist dem Gläubigerausschusse eine entscheidende Mitwirkung eingeräumt. Die K.O. sieht das Akkordverfahren als eine regelmäßige und wünschenswerthe Art der Erledigung des K.Verfahrens an. Prot. 113.

2) Begrifflich ist der s. g. Zwangsvergleich nicht in jeder Beziehung ein eigentlicher von den Interessenten, für und gegen welche er wirken soll, gewollter Vergleich. Für die Anwendung der reinen Vertragsnatur fehlt ein allseitiger Vertragswille. Ein Zwang ohne Vergleich für die Dissentirenden, und für die nicht mitstimmenden und dennoch betroffenen Gläubiger, und ein Vergleich ohne Zwang für die Zustimmenden hat der Akkord den Grund seiner wirkenden Kraft in der gesetzlich zugelassenen, richterlichen Entscheidung, welche in Form der Bestätigung des Akkords ergeht. Insofern hat Schultze, Deutsch. Konk. in s. jurist. Grundl. S. 113—135 Recht, die entscheidende Bedeutung für den s. g. Zwangsvergleich in der Gerichtsentscheidung zu finden. Er definirt demgemäß den Akkord als eine urtheilsmäßige Entscheidung über die Erledigung des Konkursanspruchs zwischen dem G.Schuldner einerseits und den Gläubigern andererseits, wobei der Mehrheitwille der Gläubiger eine der Vorbedingungen ist, indeß neben dieser Bedeutung für die richterliche Entscheidung (causae cognitio) nicht ausschlaggebend, sondern nur ein informatorisches Element ist. Die Gläubiger haben dabei nach Schultze neben einander und dem G.Schuldner gegenüber für das Akkordverfahren die Stellung von Streitgenossen, und zwar von solchen, welche bei der Verhandlung und Entscheidung eines einheitlich zu bestimmenden Verhältnisses, nämlich des Konkursanspruchs aller Gläubiger, dem § 59 C.P.O. entsprechend, zusammen nur einheitlich ihrem Gegeninteressenten gegenüber auftreten können. Diese Auffassung hat selbst begrifflich ihre Berechtigung nur für die formelle Seite dieser Art der Konkursbeendigung, welche durch die judikat-

mäßige gerichtliche Entscheidung festgestellt und abgeschlossen wird; und auch in dieser Beziehung dürfte stets zu beachten sein, daß ein ordentlicher Civilprozeß nicht vorliegt, die prozessualischen Bestimmungen also nur „entsprechend" (§ 65) anwendbar sein können. Der materiellen Bedeutung des Zwangsvergleichs wird jene Auffassung, welche die Gerichts-Entscheidung in den Vordergrund bringt, nicht völlig gerecht. Durch den Zweck seiner Zulassung hat der Zwangsvergleich die Doppelnatur: zugleich einen Vertrags- bez. Vergleichswillen des G.Schuldners und der Gläubigermehrheit einerseits und die durch bestimmte Rücksichten gebundene richterliche Entscheidung andererseits vorauszusetzen und wirken zu lassen. Eine juristische oder logische Nothwendigkeit ist nicht dafür nachzuweisen, daß der einzelne Gläubiger sein Individualrecht aufgeben müsse, weil es die Majorität der Gläubiger verlangt. Die Gründe dafür, die Minderheit durch die Mehrheit mit oder ohne Kautelen zu binden, können nur in Interessen-Rücksichten gefunden werden, in der Rücksicht theils auf die Billigkeit für den G.Schuldner, theils auf die Interessen der Gläubiger, welche durch den Eigensinn Einzelner nicht an vortheilhafter Erledigung gehindert werden sollen, theils in allgemeinen volkswirthschaftlichen Interessen. Mot. 395, 396. Für die Regelung des Akkordverfahrens können daher nur Zweckmäßigkeitsrücksichten bestimmend sein und indem durch diese Rücksichten die positiven gesetzlichen Vorschriften mit der unläugbar vorhandenen Doppelnatur des Verhältnisses bestimmt sind, ist die letztere anzuerkennen, statt einen reinen, nur auf einem Grunde beruhenden Charakter finden zu wollen. Nur ein unter den gesetzlichen Zulässigkeits-Voraussetzungen geschlossener wirklicher Vergleich, welchem die Zustimmung einer Gläubigerminorität fehlen kann, sonstige Vergleichsvoraussetzungen aber nicht fehlen dürfen, kann der gerichtlichen Entscheidung unterbreitet werden. Sachlich ist der Zwangsvergleich die Erledigung des Konkurses und des K.Anspruchs durch eine Disposition über die gesammte Konkursmasse (§ 177), also durch eine Verwaltungsbestimmung unter nothwendiger Zustimmung des Gerichts. Er ist ein Rechtsgeschäft in den Formen des Prozeßverfahrens, wie solche Rechtsgeschäfte auch im Theilungsverfahren (vgl. A.L.R. I. 17 § 111) und im Zwangsverkaufe vorliegen und wie namentlich in Letzterem ebenfalls die Doppelnatur des gewollten Kaufgeschäfts und der richterlichen Willensergänzung beibehalten wird. Der reinen Anwendung prozessualischer Bestimmungen steht entgegen, daß das Verfahren nicht einen Antrag betrifft, welcher (als Vergleichsantrag) einen schon bestehenden Anspruch auf die K.Erledigung behaupten und feststellen lassen wollte, sondern einen Vorschlag, welcher durch die Annahme erst rechtsgeschäftlich eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes herbeiführen soll.

Die K.O. stellt unzweifelhaft sowohl im Gesetze als in den Mot. die Vergleichsnatur als Voraussetzung des Verfahrens in den Vordergrund; sie bleibt zu beachten, soweit hiervon ausgegangen wird.

3) Im E. I. §§ 223—256 war außer dem Zwangsvergleich im Konkurse auch ein Vergleichsverfahren vor einem solchen zur Abwendung des K.Verfahrens in Aussicht genommen. Unter Zuziehung von Vertrauensmännern für die Gläubiger und unter Sistirung von Zwangsvollstreckungen und Arresten sollte die Abschließung eines von allen Gläubigern einstimmig angenommenen Vergleiches versucht, und nur im Falle des Mißlingens der Konkurs eröffnet werden. Von der Vorк. ist jedoch dieser Vorschlag verworfen. Neben einem sachgemäßen K.Verfahren, der Beseitigung der Vorrechte und der entsprechenden Einrichtung des Zwangsvergleichs im Konkurse, sei ein Verfahren zur Abwendung des Konkurses kein Bedürfniß und vielmehr gegenüber dem durch die Zahlungsunfähigkeit des G.Schuldners begründeten Konkursanspruche der Gläubiger eine unberechtigte Verzögerung ihrer Befriedigung. Mot. 430—435. Auch von der R.K. wurde die Aufnahme eines Akkordverfahrens außerhalb des Konkurses verneint. Prot. 126, 127.

§ 160.

Sobald der allgemeine Prüfungstermin abgehalten[1] und so lange nicht die Vornahme der Schlußvertheilung genehmigt worden ist,[2] kann auf den Vorschlag des Gemeinschuldners zwischen diesem[3] und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern[4] ein Zwangsvergleich abgeschlossen werden.

E. I. 166. P. 181. 185. 197.

1) I. Zulässigkeitsvoraussetzungen, §§ 160—163. Vor dem Prüfungstermine soll der Akkord unzulässig sein, weil dann erst eine sichere Theilnahme berechtigter Gläubiger und eine Grundlage zur Prüfung der Masse möglich ist, bis dahin auch in der Regel die Verwerthung der Masse nach §§ 121 Nr. 1, 123 ausgesetzt bleiben soll. Auch dem Gerichte fehlen vorher die Materialien zu einer entsprechenden Prüfung, § 173 Nr. 2.

Indeß im § 160 ist nur der frühere Abschluß des Akkordes untersagt. Der Vorschlag des G.Schuldners kann nach §§ 121 Nr. 1, 167 schon vor dem Schlusse des Termins eingereicht sein, was auch sachlich rathsam ist. Der Vorschlag ist (wie jedes Gesuch betreffs des Ganges des K.Verfahrens) dem Gerichte einzureichen. Eine besondere Form ist nicht vorgeschrieben. Es gilt daher die allgemeine Form des amtsgerichtlichen Verfahrens gemäß C.P.O. §§ 462, 457: schriftliche Einreichung beim Gerichte ohne Anwaltszwang oder Anbringung zum Protokolle des Gerichtsschreibers. — Der G.Schuldner kann auch schon vor der Einreichung beim Gerichte die in den §§ 163, 164 verordnete Vorprüfung des Verwalters und des G.Ausschusses betreiben.

2) Terminus ad quem für die Zulässigkeit eines Zwangsvergleichs ist der Zeitpunkt, wenn gemäß § 149 Abs. 2 das K.Gericht genehmigt, daß die Schlußvertheilung eingeleitet und der Schlußtermin (§ 150) abgehalten werden soll; nicht erst der Zeitpunkt, wenn nach dem Schlußtermine das Gericht erklärt, daß die Ausführung erfolgen kann, Anm. 3 zu § 149. Mot. zu §§ 149, 160. Sobald vor jenem Beginne einer Schlußvertheilung beim Gerichte ein Vergleichsvorschlag eingeht, welcher nach den §§ 161 ff. zulässig ist, darf das Gericht den etwa schon vorliegenden Antrag auf Schlußvertheilung nicht genehmigen, sondern muß das Akkordverfahren einleiten. In der Vorschrift, daß in der bezeichneten Zwischenzeit (Anm. 1, 2) auf den Vorschlag des G.Schuldners ein Z.Vergleich geschlossen werden kann, ist die Vorschrift enthalten, daß der G.Schuldner berechtigt ist, wenn er einen zulässigen Vorschlag stellt, die Behandlung desselben in dem angeordneten Verfahren zu verlangen. Ein Vorschlag, welcher nach jenem Zulässigkeits-Endzeitmomente angebracht wird, kann vom Gerichte abgelehnt werden. Gegen die Ablehnung aus diesem Grunde steht dem G.Schuldner die Beschwerde zu, § 66.

3) Nur im Konkurse einer eingetragenen Genossenschaft ist ein Z.Vergleich nicht statthaft, § 196. Sonst kann jeder G.Schuldner einen Z.Vergleich schließen; derselbe ist (wie auch in England) nicht auf kaufmännische G.Schuldner beschränkt. Der Antragende kann hierbei, wie überhaupt im Verfahren, durch einen Bevollmächtigten vertreten sein, Anm. 2 zu § 166. In den Konkursen einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft ist der Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter und im Konkurse über einen Nachlaß der Vorschlag aller Erben oder Nachlaß-Vertreter nöthig, §§ 200, 206.

4) Die Kontrahenten des Z.Vergleichs bez. die einander bei demselben gegenüberstehenden Parteien sind der G.Schuldner einerseits (vgl. Anm. 3) und die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger andrerseits. Nicht betheiligt sind

a) die Absonderungsberechtigten als solche. Sie werden durch den Z.Vergleich nicht betroffen, weil derselbe nur den Konkursanspruch beseitigt, an welchem sie keinen Theil haben. Die Wirkung berührt also ihr Absonderungsrecht nicht, §§ 3, 178. Soweit sie zugleich persönliche Gläubiger sind, werden sie für den Ausfall bez. den Betrag eines Verzichts auf das Absonderungsrecht betroffen und sind insoweit nicht mehr absonderungsberechtigt, sondern K.Gläubiger, § 57. In einer thatsächlichen Betheiligung derselben am Z.Vergleiche, einem Mitstimmen, liegt allein noch kein Verzicht auf das Absonderungsrecht; ohne ausdrücklichen Verzicht geht dasselbe nicht verloren. Anm. 2 zu § 57.

b) Die Massegläubiger sind ebenfalls nicht berechtigt, am Akkorde Theil zu nehmen, und werden von dessen Wirkungen nicht betroffen. § 176 Abs. 1.

c) Auch die bevorrechtigten Gläubiger (§ 54) nehmen nicht Theil; sie werden durch § 176 Abs. 2 geschützt.

Die Zustimmung sämmtlicher K.Gläubiger genügt zur Einstellung des K.Verfahrens nach § 88 ohne die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Bestätigung; die Einstellung hat aber auch nicht die exekutivische Wirkung für die Vergleichsbedingungen, § 179. Die Einwilligung eines K.Gläubigers zum Abschlusse eines Z.Vergleichs ist daher (gegen v. Sarwey S. 651) nicht identisch mit einer Zustimmung zur Einstellung des K.Verfahrens, bei welcher dem Zustimmenden die beabsichtigten Vergleichsfolgen nicht zu statten kommen.

§ 161.

Der Vergleichsvorschlag muß[1] angeben, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen, sowie ob und in welcher Art eine Sicherstellung[2] derselben bewirkt werden soll.

E. I. 167. P. 181. Abs. 3. 200.

1) Der im § 161 bezeichnete Inhalt des Vergleichsvorschlags ist unbedingt wesentlich. Entspricht der Vorschlag dem § 161 nicht, so ist er als solcher nicht zu berücksichtigen (vgl. die Bedeutung des „muß" in den Mot. z. C.P.O. Einl. § 4 und C.P.O. § 230). Die bestimmte Offerte ist mit Rücksicht auf die in Preußen mit unbestimmten Vorschlägen gemachten Erfahrungen nöthig erachtet. Enthält der Vorschlag also die im § 161 bestimmten Angaben nicht, so ist er von Amtswegen seitens des Gerichts zurückzuweisen. Gegen eine Abweisung des Vorschlags aus diesem Grunde steht dem G.-Schuldner die Beschwerde zu, § 66. Er kann natürlich auch zu jeder Zeit neue Vorschläge anbringen, soweit nicht nach § 163 eine Wiederholung abgelehnt werden kann. Ausgeschlossen ist andrerseits nicht, den an sich dem § 161 entsprechenden Vorschlag im Termin vor der Abstimmung zu modifiziren, Anm. 2 zu § 166. Er kann für das Akkordverfahren nicht entsprechend die Unabänderlichkeit eines Klagegrundes haben, da hier nicht über ein bestehendes Rechtsverhältniß entschieden, sondern nur ein Rechtsgeschäft durch den Antrag vorbereitet werden soll.

Die Mot. 396 charakterisiren den Akkord nach Voranschickung seines wirthschaftlichen Zwecks baldiger Rückgabe der K.Masse an den Gläubiger dahin: „Darum muß der Akkord dem Wesen nach bestehen in einem Vergleiche über Aufhebung der Vermögensbeschlagnahme, über eine Befriedigung der Gläubiger durch den Schuldner gegen Freigabe seines gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens. Daß der Vergleich thatsächlich erfüllt werde, mögen die Gläubiger sich vorsehen. Dafür mag der Inhalt des Vergleichs sorgen; das Verfahren darf gesetzlich die Erfüllung nicht umfassen, daher auch nicht erst nach geschehener Erfüllung aufgehoben werden." (Vgl. Vorbem. 2 vor § 160 über die begriffliche

Natur des Z.Vergleichs.) Ohne daß die Zulässigkeit des Vergleichs auf bestimmte Arten der Befriedigung der Gläubiger eingeschränkt ist, entsprechen die vorstehend bezeichneten, durch den Zweck gegebenen Erfordernisse des Vorschlags der K.O. in ihrer Behandlung des Akkordes. Im § 161 ist unbedingt vorausgesetzt, daß eine Befriedigung der Gläubiger als unmittelbarer Gegenstand des Vorschlags erfolgen soll; und nach §§ 175, 177 soll nach erfolgter Bestätigung des Vergleichs ohne Rücksicht auf die Erfüllung die Aufhebung des K.Verfahrens und die Freigabe der Masse an den G.Schuldner, soweit nicht besondere Beschränkungen betreffs der Masse vereinbart sind, erfolgen. Durch die nothwendige Richtung auf die Befriedigung der Gläubiger ist ausgeschlossen, daß nicht etwa eine Bestimmung der Masse zu einem neuen Geschäftsbetriebe für Rechnung der Gläubiger in anderer Weise, als einer liquidirenden Firma entspräche, H.G.B. Art. 137, bestimmt würde. Andrerseits darf die Erfüllung des Z.Vergleichs nicht Theil des K.Verfahrens sein und die Aufhebung des K.Verfahrens nicht (gegen § 175) bedingungsweise davon abhängig gemacht werden, daß zuvor der Vergleich nicht erfüllt würde. Im Uebrigen kann, außer einer Verletzung der gleichen Rechte der Gläubiger gegen § 168 der Vorschlag zum Inhalte jeden Vertrag über die Befriedigung der Gläubiger haben, durch welchen das K.Verfahren beseitigt werden soll. Es kann dabei ein Verzicht auf einen Theil der Forderung bedungen oder Vollzahlung mit Stundung oder Terminalzahlung versprochen, auch eine außergerichtliche Liquidation vorgeschlagen werden. Mot. 406. Der Begriff des Vergleichs ist hier im Sprachgebrauche des gemeinen Lebens als Vertrag zur Regelung eines thatsächlich ungewissen Zustandes aufgefaßt, wie auch im Strieth. 49, 325; 96, 47 für das preuß. A.L.R. I. 16 § 405 die in jedem Konkurse vorhandene thatsächliche Zweifelhaftigkeit über die erfolgreiche Geltendmachung eines Rechtes als genügende Voraussetzung des Vergleichs erklärt wird, selbst wenn das Recht selbst unzweifelhaft ist. Dagegen berührt der Akkord weder den Rechtsgrund und die Qualität der Ansprüche der Gläubiger, noch die Feststellung derselben. Er enthält — abgesehen von einem accessorisch hinzutretenden Verhältnisse (Bürgschaft) — keinen neuen Rechtsgrund und ist in dieser Beziehung nicht als Vergleich im Sinne des A.L.R. I. 16 § 405 anzusehen. Strieth. 33, 290; R.O.H. 8, 144. Vgl. Anm. 1 zu § 178.

2) Der Zwangsvergleich hat nach § 180 an sich nicht die Kraft einer Hypothek. Die Regelung einer Sicherstellung ist mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Landesgesetzgebung und zumal der Grundbuchs- und Subhastations-Gesetzgebung der vertragsmäßigen Festsetzung der Betheiligten überlassen. Von dem Versuche im E. I. § 176, für eine Sicherung durch Pfand- oder Hypothek bestimmte Vorschriften zu treffen (Begrenzung auf bestimmte Summen, Bezeichnung einer Person, welche zur Verwerthung und Freigebung, zu Eintragungsanträgen und Löschungsbewilligungen befugt sein sollte), ist deshalb Abstand genommen. Für die preuß. Gesetzgebung ist zu berücksichtigen, daß nach §§ 23, 24 Ges. v. 5. Mai 1872 definitive und Kautions-Hypotheken nur für bestimmte Summen bez. bestimmte Maximalbeträge eingetragen werden können, desgleichen auch nur für bestimmte Gläubiger.

Der Vorschlag und der Abschluß eines Vergleichs mit der kassatorischen Klausel, daß der Vergleich nicht gelten soll, wenn nicht bis zu einer bestimmten Zeit Sicherheit geleistet werde, ist an sich zulässig, und würde auch in dieser Form bestätigt werden können. Es ist dann aber zunächst der Eintritt der Bedingung abzuwarten und kann vorher eine Aufhebung des K.Verfahrens nicht eintreten; denn die K.Aufhebung kann stets nur eine unbedingte sein. Stieglitz S. 621, 522.

§ 162.

Ein Zwangsvergleich ist unzulässig:[1)]

1. so lange der Gemeinschuldner flüchtig ist[2)] oder die Ableistung des Offenbarungseides verweigert;[3)]
2. so lange ein wegen betrüglichen Bankerutts gegen den Gemeinschuldner eröffnetes Hauptverfahren oder wiederaufgenommenes Verfahren anhängig ist;[4)]
3. wenn der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt worden ist.[5)]

E. I. 168. P. 189.

1) Wenn einer der im § 162 bezeichneten Unzulässigkeits-Gründe vorliegt, ist er seitens des K.Gerichts von Amtswegen zu prüfen. Die Gründe sind sämmtlich im öffentlichen Interesse aufgestellt. Eben deshalb ist nach § 172 der Vergleich von Amtswegen auch zu verwerfen, wenn nachträglich ein Fall solcher Unzulässigkeit eingetreten ist. Gegen die aus einem der Gründe erfolgende Zurückweisung eines Antrags steht dem G.Schuldner die Beschwerde zu. — Vergleichsvorschläge, welche von Mehreren ausgehen müssen, vgl. §§ 200, 206, sind unzulässig, wenn auch nur Einem derselben ein Unzulässigkeitsgrund entgegensteht. Ueber die Anwendbarkeit beim Z.Vergleiche einer Aktiengesellschaft vgl. Anm. 3 zu § 194. — Den im § 162 angegebenen persönlichen Unzulässigkeitsgründen tritt noch hinzu, daß über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft ein Zwangsvergleich unzulässig ist, § 196 Abs. 2.

2) Zu Nr. 1. Die Unzulässigkeit besteht nur, so lange der G.Schuldner flüchtig ist (abweichend von P. § 189, Entsch. 41, 458). Der Grund ist die Undurchführbarkeit des Akkordes mit einem flüchtigen G.Schuldner, welcher indeß durch seine unter dem ersten Eindrucke bewirkte Flucht nicht absolut jedes Vertrauen verwirkt. Mot. 409. Ob ein G.Schuldner flüchtig ist, ist Thatfrage; mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 93 wird jeder G.Schuldner, welcher sich von seinem Wohnorte ohne Erlaubniß des K.Gerichts entfernt, und sofern sein Aufenthalt bekannt ist, auf Aufforderung nicht zurückkehrt, als flüchtig anzusehen sein.

3) Vgl. § 115.

4) Zu Nr. 2. Das Hauptverfahren wegen betrüglichen Bankerutts (§ 209) ist von der Eröffnung des Beschlusses des Strafgerichts an (St.P. §§ 201, 205) bis zur rechtskräftigen Entscheidung anhängig. Ueber die Wiederaufnahme eines Verfahrens wegen Bankerutts vgl. St.P. §§ 399 ff. Im Falle eines nicht betrüglichen Bankerutts ist der Vergleich nicht von Amtswegen als unzulässig zurückzuweisen. Die Gläubiger bez. das Gericht bei der Bestätigung mögen ermessen, welches Gewicht sie auf einen einfachen Bankerutt legen wollen.

5) Zu Nr. 3. Zu beachten ist der Unterschied zu Nr. 1, 2: „so lange" und zu Nr. 3: „wenn." Nach rechtskräftiger Verurtheilung wegen betrüglichen Bankerutts kann der G.Schuldner — im Interesse der Sittlichkeit und des Kredits — niemals einen Zwangsvergleich schließen. Auch eine Begnadigung würde diese Wirkung nicht beseitigen. Das K.Gericht kann Ermittelungen darüber, ob Thatsachen zu Nr. 2, 3 vorliegen, von Amtswegen veranlassen. §§ 67, 172.

§ 163.

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren kann das Gericht den Vergleichsvorschlag zurück-

weisen, wenn bereits in dem Konkursverfahren ein Vergleichsvorschlag von den Gläubigern abgelehnt oder von dem Gerichte verworfen oder von dem Gemeinschuldner nach der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermins zurückgezogen worden ist.[1])

E. I. 168. Nr. 3. 170. P. 189. Nr. 3.

1) Die Vorprüfung des Vorschlages gemäß §§ 163, 164 hat das Gericht zu veranlassen, wenn sie nicht schon auf Betreiben des G.Schuldners vor der Einreichung des Vorschlages an das Gericht erfolgt ist. Wird der Vorschlag vom G.Schuldner beim Gerichte eingereicht, ohne daß demselben bereits eine Erklärung des Verwalters und des G.Ausschusses beigefügt ist, so hat das Gericht sachgemäß den Vorschlag an den Verwalter unter Bestimmung einer Frist zuzustellen, welcher sich mit dem G.Ausschusse in Verbindung zu setzen hat.

Weder eine frühere Ablehnung eines Vorschlags seitens der Gläubiger, noch auch eine frühere Verwerfung seitens des Gerichts begründen einen Einwand rechtskräftiger Vorentscheidung (a.M. Hullmann S. 313); vielmehr geht daraus, daß in diesem Falle die Zurückweisung eines zweiten Vorschlages nur fakultativ ist („kann"), hervor, daß zu jeder Zeit eine Wiederholung stattfinden kann. Im Gegensatz zu den Gründen, welche bei Vorschlägen gegen den Inhalt der §§ 160—162 eine Zurückweisung von Amtswegen rechtfertigen, ist ein zweiter Akkordvorschlag nicht von Amtswegen zurückzuweisen, sondern soll mit Rücksicht auf die konkreten Umstände geprüft werden. Er „kann" unter den im § 163 angegebenen Voraussetzungen verworfen werden, falls 1. der K.Verwalter, 2. das Gericht und 3. wenn ein G.Ausschuß bestellt ist, auch dieser darüber einverstanden sind. (Abweichend E. I. §§ 168 Nr. 3, 170 und P. § 189 Nr. 3.) Das Gericht kann nur zurückweisen, wenn der Verwalter und falls ein Ausschuß bestellt ist, auch dieser die Zurückweisung beantragen, Mot. 411. Indeß handelt es sich hier nur um die Frage, ob und wann eine Zurückweisung vor der Veranlassung des eigentlichen Vergleichsverfahrens (vgl. § 164) erfolgen darf. — Gegen die Zurückweisung steht dem G.Schuldner die Beschwerde zu; gegen eine Zulassung, welche gegen den Antrag des Verwalters und bez. des Ausschusses erfolgt, haben diese die Beschwerde, § 66.

Wie aus dem Schlusse des § 163 hervorgeht, kann der G.Schuldner seinen Vorschlag noch nach der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichtermins zurücknehmen. Begrifflich ist er an denselben erst dann und dadurch gebunden, daß die Majorität der Gläubiger (§ 169) ihn im Termine annimmt. Durch diese Annahme wird der Vergleich geschlossen; indeß mit Rücksicht auf das Erforderniß gerichtlicher Bestätigung so, daß das Nichteintreten dieser Bestätigung resolutiv den Vergleich wieder aufheben würde. Vgl. Mot. 425 zu § 178. Stieglitz S. 625, Anm. — Wann die öffentliche Bekanntmachung bewirkt ist s. § 68 Abs. 1.

§ 164.

Wird der Vergleichsvorschlag nicht zurückgewiesen, so hat der Gläubigerausschuß sich über die Annehmbarkeit des Vorschlags zu erklären.

Erklärt der Gläubigerausschuß den Vorschlag nicht für annehmbar, so ist ein Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die Verwerthung der Masse nicht zu berücksichtigen.[1])

E. I. 169. 171.

1) II. Vergleichsverfahren, §§ 164—167; 169—174. Das Vergleichsverfahren kann nur beginnen, wenn der Vorschlag nicht zurückgewiesen wird, weil er entweder zu früh oder zu spät gegen § 160 eingebracht ist, oder sein Inhalt dem § 161 zuwider

ungenügend ist, oder dem G.Schuldner ein Unwürdigkeitsgrund aus § 162 oder ein Widerspruch im Falle des § 163 entgegensteht. Das Gericht muß das Verfahren damit beginnen, daß es den G.Ausschuß zur Erklärung über die Annehmbarkeit auffordert. Falls der Ausschuß eine Erklärung nicht abgeben sollte, hat das Gericht kein Mittel, ihn zur Erklärung zu zwingen. Von der Unterlassung einer bloßen Zweckmäßigkeitsmaßregel hat jedoch offenbar nicht der weitere Fortgang des Verfahrens abhängig gemacht werden sollen. Die Erklärung des Ausschusses ist auch nicht als absolute Vorbedingung des Verfahrens aufgestellt; fehlt sie, so unterbleibt nur § 164 Abs. 2 und kann sie nicht nach § 165 mit ausgelegt werden. Sarwey S. 658. A.M. Hullmann S. 314.

Der Ausschuß kann den G.Schuldner zuvor hören und zur Vernehmung laden, § 92. Die Erklärung des Ausschusses, daß der Vorschlag nicht annehmbar sei, hat nach Abs. 2 die positive Wirkung, einen Widerspruch zu entkräften, welchen der G.Schuldner sonst nach §§ 123, 121 Nr. 1 der Verwerthung der Masse entgegensetzen könnte. Im Uebrigen hat die Erklärung des Ausschusses, welche dem Gerichte einzureichen ist, nur die Wirkung eines Gutachtens (§§ 165, 166). Die Vorprüfung und Erklärung sollten theils ein geeignetes Mittel bilden, die für die Gläubiger nöthige Information zu beschaffen und die Vergleichsbedingungen mit dem G.Schuldner zu reguliren, theils den Gläubigern, zumal entfernten, für ihre Entschließung und dem Schuldner für den Erfolg seines Vorschlags einen Anhalt bieten. Mot. 411.

§ 165.

Der Vorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses sind auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.[1]

P. I. 172. P. 181.

1) Die §§ 164 ff. beschreiben fortschreitend den Gang des Verfahrens; Vorschlag und Erklärung sind vor bez. spätestens mit der im § 166 vorgeschriebenen Bekanntmachung des Vergleichstermins niederzulegen. Nach der Bekanntmachung müssen die Gläubiger erwarten, daß die Schriftstücke niedergelegt sind.

§ 166.[1]

Der Vergleichstermin[2] soll nicht über einen Monat hinaus anberaumt werden. Der Termin ist öffentlich bekannt zu machen. Zu demselben sind unter Mittheilung des Vergleichsvorschlags und des Ergebnisses der Erklärung des Gläubigerausschusses die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, besonders zu laden.[3]

E. I. 173 174. P. 182—184.

1) Vor dem Termine bedarf es eines besonderen Erörterungstermins zur Feststellung des Stimmrechts nicht. Dasselbe ist bei der Prüfung der Forderungen schon festzustellen, § 87 Abs. 1. Die Entscheidungen darüber nach §§ 87 Abs. 2, 88 können noch vor der Vergleichsverhandlung getroffen werden. Die nach dem Prüfungstermine angemeldeten Forderungen können in der Regel auch noch vor dem Vergleichstermine zur Prüfung gebracht werden. Im Termine selbst brauchen Anmeldungen nicht angenommen zu werden. Es läßt sich daher auf Grund der Tabelle eine (wenngleich erst im Termine abzuschließende) Liste der stimmberechtigten Gläubiger und Forderungen vorbereiten.

In die öffentliche Bekanntmachung brauchen Vorschlag und Erklärung des G.Ausschusses nicht mit aufgenommen zu werden, wie der Gegensatz in der Erwähnung dieses

Inhalts für die besonderen Ladungen im dritten Satze angiebt. Für die öffentliche Bekanntmachung genügt es, als Gegenstand der Beschlußfassung gemäß § 90 einen Vergleichsvorschlag des G.Schuldnrs ohne Inhaltsangabe zu bezeichnen. Das „Ergebniß" der Erklärung des G.Ausschusses in den besonderen Ladungen ist nur kurz dahin zu bezeichnen, ob derselbe den Vorschlag als annehmbar oder nichtannehmbar oder als zweifelhaft hinsichtlich der Annehmbarkeit bezeichnet hat.

2) Die Verhandlungen im Termine sind für den Abschluß des Vergleichs allein entscheidend, sowohl in Betreff des Vorschlags des G.Schuldners, als der Erklärungen der Gläubiger. Nur die im Termine beiderseits bez. von ihren Vertretern abgegebenen Erklärungen sind für den Vergleichsabschluß bindend und zu berücksichtigen. Die persönliche Anwesenheit des G.Schuldners ist zum Vergleichsabschluß nicht nöthig (unbeschadet seiner Verpflichtung zur Auskunftsertheilung, §§ 92, 93); der Vergleich kann auch durch einen Vertreter desselben abgeschlossen werden. Die Absicht des E. I. § 174, daß seine Vertretung nur bei Krankheit oder unabwendbaren Hindernissen nach dem Ermessen des Gerichts zuzulassen und sonst im Falle seines Nichterscheinens der Vorschlag als zurückgenommen anzunehmen sei, ist von der Vork. beseitigt.

Der Verwalter hat als solcher in diesem Termine den G.Schuldner nicht zu vertreten, da es sich beim Z.Vergleiche nicht um Verwaltung und Verfügung über die K.-Masse während des Konkurses, sondern um die gesammte Rechtstellung des G.Schuldners gegenüber seinen K.Gläubigern für die Zeit nach dem Konkurse handelt. Dem Zwecke des Z.Vergleichs entsprechend ist die Anwesenheit des Verwalters im Termine nicht absolut und nicht so, wie im Prüfungstermine, nothwendig. Er kann nur gutachtlich und zur Ertheilung von Auskunft thätig sein, und kann hierzu disziplinarisch nach §§ 75, 76 angehalten werden.

Der Gang der Verhandlung im Termine ist durch die Sache gegeben. Zunächst sind die Stimmrechte festzustellen, streitige zu entscheiden, vgl. Anm. 1; und zwar nicht blos für die Forderungen der anwesenden oder vertretenen Gläubiger, sondern aller stimmberechtigten, vgl. Anm. 4 zu § 169. Sodann hat der G.Schuldner den Vorschlag zu begründen. Der Verwalter und der Ausschuß haben sich gutachtlich zu äußern. Etwaige Aenderungen, der Gang der Verhandlung, die Entscheidungen des Gerichts (§§ 87, 88), die Abstimmung und die Verkündung des Resultats sind durch das Protokoll oder durch Anlagen desselben festzustellen. Der Unterzeichnung des Protokolls durch die Betheiligten bedarf es nicht. C.P.O. §§ 148, 149, 146. In den Mot. wird, wenn der Vergleich mehrere selbständige Stipulationen enthält, eine getrennte Abstimmung über die einzelnen zuläfsig erklärt, so daß sie jedoch nochmals im Ganzen zur Abstimmung zu bringen sind und daß der Vergleich nur dann als geschlossen gilt, wenn der G.Schuldner und die für ihn eintretenden Dritten in den Wegfall der abgelehnten Bedingungen willigen. Mot. 413. Solche und andere Versuche zur Einigung sind nach der Zweckmäßigkeit gemäß den konkreten Umständen zu ordnen. Wesentlich ist nur, daß derjenige Vergleich, welcher als angenommen gelten soll, in bestimmter Formulirung festgestellt, von dem G.Schuldner und falls das Eintreten Dritter Bedingung ist, auch von ihnen gewollt und erklärt wird, und die erforderlichen Stimmen der Gläubiger für sich hat.

3) Vgl. Anm. 3 zu § 68 und § 69. G.Schuldner und Verwalter sind durch die öffentliche Bekanntmachung geladen (Prot. 184); auch alle Gläubiger; die Gültigkeit des Vergleichs hängt von der besonderen Ladung, welche Satz 3 vorschreibt, nicht ab, § 68 Abs. 3.

§ 167.

Auf Antrag des Gemeinschuldners und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren kann das Gericht den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine verbinden.[1]

E. I. 173.

1) Da der allgemeine Prüfungstermin schon bei der Eröffnung des Konkurses zu bestimmen ist, dürfte die Bestimmung des § 167 nur unter ganz außergewöhnlichen Verhältnissen praktisch werden. Wenn der Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine verbunden wird, so muß die Prüfung der Vergleichsverhandlung vorangehen. — Mit Bezug auf die Mot. S. 412, welche allerdings den Verwalter und den G.Ausschuß als diejenigen bezeichnen, deren Anträge für § 167 erfordert werden, nimmt v. Völderndorff II. S. 483 einen Druckfehler im Gesetze an und will statt des G.-Schuldners den Verwalter hineinschreiben. Indeß der Verwalter hat nach der K.O. für den gesammten Z.Vergleich nur eine gutachtliche Rolle und kann vom Gerichte ohnehin immer gehört werden. Der G.Schuldner dagegen und nicht der Verwalter ist für den Vergleich der Interessirte. Der Druckfehler liegt also eher in den Mot. Jedenfalls ist die ohnehin nur fakultative Vorschrift („kann") Gesetz, wie sie lautet.

§ 168.

Der Vergleich muß allen[1] nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewähren.[2] Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig.[3] Jedes andere Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern, durch welches diese bevorzugt werden sollen, ist nichtig.[4]

E. I. 176. P. 186. Nr. 3.

1) III. Inhalt des Vergleichs. Gleiche Rechte. § 168. Dem Konkursanspruche der Gläubiger auf gemeinschaftliche Befriedigung entspricht es, daß der Vergleich Allen nach §§ 160, 178 vom Akkorde betroffenen, mithin allen nicht bevorrechtigten Gläubigern gleiche Rechte gewähren muß, also ohne Rücksicht, ob sie am K.Verfahren oder an dem Vergleichsverfahren Theil nehmen, für oder gegen den Akkord stimmen, oder noch überhaupt unbekannt sind (§ 178). Die Zurücknahme der Anmeldung ändert daher nichts. Nur der Verzicht auf die Forderung selbst beseitigt den Gläubiger aus der Klasse der Gläubiger, vorausgesetzt, daß der Verzicht nicht simulirt ist, und nicht für den Verzicht anderer Vortheile bedungen sind, welche ein unzulässiges Nebenabkommen (Satz 3) involviren. v. Völderndorff II. S. 486 hält einen Verzicht auf die Befriedigung im K.Verfahren (welche durch den Z.Vergleich ohnehin beseitigt werden soll) für genügend, wenngleich der Gläubiger sich die Forderung für später vorbehielte. Indeß nach Natur und Zweck des Akkordverfahrens ist eine solche Scheidung nicht zulässig; ein K.Gläubiger, welcher sich seine Forderung vorbehielte, müßte immer von den §§ 178, 168 betroffen werden.

2) Der Akkord darf Keinem größere Rechte gewähren, höhere Prozente, bessere Bedingungen, andere Zahlungstermine, höhere oder verschiedene Sicherheit. Vgl. zu der gleichen Vorschrift der P. § 186 Nr. 3: Entsch. 53, 368; Strieth. 57, 229; R.O.H. 4, 21. Hinsichtlich der Sicherheit vgl. Anm. 2 zu § 161. Soll den Gläubigern eine gemeinschaftliche Sicherheit durch Pfand gewährt werden, so werden sich die Rechte der

Gläubiger kaum anders als durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten (Pfandhalter) ausüben lassen.

3) Daß die Einwilligung der Zurückgesetzten in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung erklärt sei, ist nicht erforderlich. „Es mag auch ein über die vorzugsweise Behandlung der Einen getroffenes Nebenabkommen durch ausdrückliche Zustimmung der Anderen in der gerichtlichen Verhandlung genehmigt werden." Mot. 407. In allen Fällen müssen jedoch alle zurückgesetzten, und nicht blos die im Termine anwesenden zurückgesetzten Gläubiger ihre ausdrückliche Zustimmung erklären. Dies läßt sich konstatiren, wenn die zurückgesetzten Gläubiger, indeß schwerlich, wenn nach jener Bemerkung der Mot. nur die bevorzugten bestimmt bezeichnet sind.

4) Jedes dem § 168 widersprechende Abkommen ist „nichtig", also nicht blos den K.Gläubigern gegenüber (wie §§ 6, 22) oder überhaupt nicht blos relativ Einzelnen gegenüber nichtig oder anfechtbar, sondern absolut nichtig, wirkungslos, so daß sich Niemand darauf berufen kann. Es ist zu ignoriren, als wenn es nicht geschlossen wäre, ohne daß ein Theil erst noch einen richterlichen Ausspruch für die Ungültigkeit zu erwirken brauchte. Unter den Interessenten selbst ist vollends das Abkommen unverbindlich. Das mit Unwirksamkeit gestrafte Verbot, welches die par conditio creditorum auch beim Z.Vergleich nicht verletzt wissen will, beruht auf der unzulässigen Unsittlichkeit, welche der gesammten Grundlage der Behandlung des Konkurses widerspricht. Diesem entsprechend bestimmt die bewußte Verletzung der par conditio den dolus für die Anfechtbarkeit der Rechtshandlungen im Konkurse. Das in Folge eines solchen Abkommens Gegebene ist zu einem verwerflichen unehrbaren Zwecke gegeben, ob turpem causam, und kann, die beiderseitige Bekanntschaft mit Sachlage und Zweck vorausgesetzt, vom Leistenden nicht zurückgefordert werden (sondern nach A.L.R. I. 16 § 206 vom Fiskus). Stieglitz S. 362; a.M. v. Völderndorff II. S. 490. Die Nichtigkeit tritt unabhängig von der Betheiligung des G.Schuldners selbst („oder anderer Personen"), von dem Erfolge des Abkommens und von dem Verhalten des Bevorzugten bei Schließung des Vergleichs ein; es ist dafür gleichgültig, ob ein Dritter (selbst ohne Wissen des G.Schuldners) den Gläubiger bevorzugt, ob der Bevorzugte am Vergleichsschlusse nicht Theil nimmt oder gegen den Vorschlag stimmt oder seine Stimme ohne Einfluß auf das Resultat ist, und ob in Folge des Abkommens der Z.Vergleich zu Stande gekommen ist. Ein dem § 168 widersprechendes Abkommen setzt außerdem den Akkord der Verwerfung und der Anfechtung (§§ 173 Nr. 1, 182), und die Kontrahenten der Bestrafung (§§ 211, 213) aus, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorhanden sind.

Ob durch ein Abkommen, wenngleich es dem Akkorde zeitlich vorangegangen ist, wie bei solchen Operationen die Regel ist, einzelne Gläubiger bevorzugt werden sollen, unterliegt der thatsächlichen Würdigung. Die Form der Operation (Verzicht gegen besondere Vortheile, Cession an Andere, welche nur an den gleichen Rechten Theil nehmen sollen und dergl.) ist nicht entscheidend. Indeß ist bei der thatsächlichen Würdigung zu berücksichtigen, daß nach der praktischen Erfahrung gerade die Form des Aufkaufens von K.Forderungen für Willigere (insbesondere Verwandte) und die Cession an diese alsdann Zustimmenden die am meisten übliche Form der Bevorzugung ist.

Die Nichtigkeit besteht indeß nur für ein solches Abkommen, welches mit dem zu schließenden Z.Vergleich in Verbindung steht und den Z.Vergleich als noch nicht durch Abschließung und Bestätigung perfekt geworden voraussetzt. Die Dispositionen des G.Schuldners und Anderer nach Abschluß und Bestätigung des Z.Vergleichs sind nach dem Zwecke und dem Zusammenhange der Vorschrift von derselben nicht betroffen. Vgl. Anm. 1 zu § 178. A.M. Stieglitz S. 632.

§ 169.

Zur Annahme des Vergleichs ist erforderlich,[1] daß

1. die Mehrzahl[2] der in dem Termine anwesenden[3] stimmberechtigten Gläubiger[4] dem Vergleiche ausdrücklich zustimmt, und
2. die Gesammtsumme der Forderungen der zustimmenden Gläubiger wenigstens drei Viertheile der Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt.[4]

Wird nur eine der Mehrheiten erreicht, so kann der Gemeinschuldner bis zum Schlusse des Termins die einmalige Wiederholung der Abstimmung in einem neuen Termine verlangen.[5] Das Gericht hat denselben zu bestimmen[6] und im Termine zu verkünden.[7]

E. I. 177. P. 186—188.

1) Annahme der Gläubiger. Zur Wirksamkeit des Z.Vergleichs ist nach § 170 1) ein zulässiger Vergleichs-Vorschlag des G.Schuldners §§ 161, 168; 2) die Annahme desselben seitens der Gläubiger, § 169; 3) die gerichtliche Bestätigung nöthig. Im § 169 ist präzisirt, wann der Vergleich für „angenommen" (§ 170) gilt. Die Annahme kann nur im Termine, also in einer Gläubigerversammlung erfolgen. Für die Versammlung sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 86—89 anwendbar, soweit nicht im § 169 Abweichungen bestimmt sind.

Bis zur erfolgten Annahme, also bis zur abgeschlossenen Abstimmung über den Vorschlag kann der G.Schuldner, welcher erst durch die Annahme gebunden wird, seinen Vorschlag zurücknehmen. Anm. 1 zu § 163. Auch der für den G.Schuldner beitretende Vergleichsbürge wird erst durch die Annahme gebunden und kann bis zu derselben seine Erklärung wirksam widerrufen. — Ueber den Gang der Verhandlung im Termine vgl. Anm. 2 zu § 166.

2) Personenmehrheit. Die absolute Mehrheit der Personen, also mehr als die Hälfte der Zahl der stimmberechtigten Gläubiger muß (außer dem Erfordernisse der Summenmehrheit zu Nr. 2) zustimmen. Die Bestimmung des § 86 Abs. 3 ist auf die Berechnung zu Nr. 1 hier nicht anwendbar, wie die Nebenordnung des Requisits zu Nr. 2 ergiebt. Für die Zahl der Gläubiger ist entscheidend, welche Personen zur Zeit des Vergleichstermins stimmberechtigte Gläubiger und zugleich im Termine anwesend sind. Mot. 416. Zu den Anwesenden sind nur solche zu rechnen, welche als Gläubiger anwesend sind, also mitstimmen wollen. Ein physisch Anwesender, welcher sich der Abstimmung enthält, mithin für diesen Akt nur Zuhörer sein will, ist gleich einem Abwesenden zu behandeln. Wie für die G.Versammlungen überhaupt (§§ 86, 89), sind nur die Stimmenden zu rechnen, Anm. 3 zu § 86.

Bis zum Termine können stimmberechtigte Forderungen durch Cessionen oder sonst erworben werden und kann auch eine Forderung durch Cessionen unter mehrere Gläubiger getheilt werden. Jeder, welcher zur Zeit des Vergleichs eine Forderung hat, repräsentirt als Gläubiger eine Person, ohne Rücksicht, ob seine Forderung früher mit derjenigen eines Andern vereinigt war. Dagegen sind die mehreren Inhaber einer Forderung (Erben, Miteigenthümer der Forderung) zusammen nur als eine Person zu rechnen und sie müssen sich über die Ausübung des Stimmrechts verständigen. Der Satz der P. § 186 Nr. 1 „steht eine Forderung mehreren Personen, getheilt oder ungetheilt, zu, so gelten sie zusammen nur für eine Person" ist unausgesprochen auch hier anwendbar. Mot. 414, 415. Können sich Gesammtgläubiger über ihre Abstimmung nicht einigen, (sachgemäß lassen sie sich wohl durch einen gemeinschaftlich zu instruiren-

den Bevollmächtigten vertreten), so sind sie als nicht stimmend zu behandeln, gleich dem einzelnen Gläubiger, welcher mit sich selbst nicht einig werden kann. — Wer als Cessionar mehrere Forderungen erworben hat, zählt nur als ein Gläubiger. Goltd. S. 366; Fuchs deutsch. Konk. S. 146. Der Bevollmächtigte hat so viele Stimmen, als er verschiedene Gläubiger vertritt, und außerdem seine eigene Stimme, wenn er selbst Gläubiger ist. Goltd. S. 366.

Ein Gläubiger, welcher sich für die Erfüllung eines Akkordes verbürgt, also als Kontrahent auf Seiten des G.Schuldners den übrigen K.Gläubigern gegenüber tritt, ist weder von der Stimmberechtigung auszuschließen, noch scheidet der Betrag seiner Forderung bei der Berechnung der zum Stimmen berechtigenden Forderungen (Nr. 2) aus. Der Gesichtspunkt, daß er nicht mit sich selbst kontrahiren könne, entscheidet hier nicht, weil die Vorschriften des § 169 die Feststellung des nöthigen Mehrheitswillens nur von der objektiven Stimmberechtigung für die nach §§ 87, 88 berechtigten Forderungen ohne Rücksicht auf das Verhältniß zum Kridar abhängig machen, abgesehen von der Garantie, welche im § 173 gegen einen Mißbrauch gegeben ist. Vgl. Entsch. 30, 392; 75, 229. Schultze a. a. O. S. 128.

3) Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gelten auch die gehörig Vertretenen als anwesend. Gemäß entsprechender Anwendung der §§ 77, 75, 79 C.P.O. ermächtigt die für das K.Verfahren einer prozeßfähigen Person ertheilte Vollmacht auch zum Vergleiche, Anm. 1 zu § 89, Anm. 2 zu § 65. In Betreff der gesetzlichen Vertreter kommt in Frage, inwieweit sie nach dem bürgerlichen Rechte einer besonderen Ermächtigung zu Vergleichen bedürfen, C.P.O. §§ 50 ff. Nach der preuß. Vorm.=O. v. 5. Juli 1875 § 42 Nr. 8 bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht zu Prozessen oder zur Vertretung im K.Verfahren, aber zu Vergleichen, wenn deren Gegenstand unschätzbar ist oder die Summe von 300 M. übersteigt. Zu den Vergleichen in diesem Sinne sind auch die Zwangsvergleiche zu rechnen. Wachler V.O. S. 122. Die Vorschrift der C.P.O. § 52 beseitigt für einen Prozeß die besondere Ermächtigung zu einzelnen „Prozeßhandlungen", nicht aber zu einem Vergleiche, welcher begrifflich an sich nicht eine Prozeßhandlung ist. Bei entsprechender Anwendung der C.P.O. im Geiste der K.O., welche den Akkord als regelmäßige Art der Beendigung des Verfahrens ansieht (Vorbem. vor § 160 am Schlusse), ist indeß § 52 auch hinsichtlich des Akkordes als einer einzelnen „Prozeßhandlung" des K.Verfahrens anwendbar.

4) Welche Gläubiger für diesen Termin stimmberechtigt sind, ist nach §§ 87, 88 zu entscheiden. Eine Beschränkung des Stimmrechts durch Ausschließung von Ehegatten, Verwandten, bez. von solchen, welche erst nach der Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung Forderungen erworben haben, ist absichtlich nicht bestimmt. Für die Personenmehrheit zu Nr. 1 ist nur die Zustimmung der Mehrheit der anwesenden Stimmberechtigten nöthig; die Stimmenmehrheit zu Nr. 2 muß dagegen drei Viertheile von allen Forderungen betragen, welche zum Stimmen in der Versammlung berechtigen, ohne Rücksicht darauf, ob die Inhaber der Forderungen anwesend oder vertreten sind, oder nicht.

5) Abs. 2. Neuer Termin. Werden durch die Abstimmung beide Mehrheiten Nr. 1 und 2 konstatirt, so ist der Vergleich angenommen und das Verfahren wird nach §§ 170 ff. fortgesetzt. Wird keine der beiden Mehrheiten erreicht, so ist der Vorschlag definitiv beseitigt; das Verfahren ist damit beendigt und ein etwaiger neuer Vorschlag unterliegt der Vorschrift des § 163. Ist eine der beiden Mehrheiten erreicht, so kann der G.Schuldner einen neuen Termin zu einer Wiederholung verlangen. Der Antrag darauf muß von ihm vor dem Schlusse des Termins (wofür C.P.O. § 127 Abs. 4 maßgebend ist) gestellt werden. Ob eine der Mehrheiten erreicht ist, muß sofort im Termine festgestellt werden, um das Recht des G.Schuldners nicht illusorisch zu machen.

Auf einen vor dem Terminsschluß gestellten Antrag des G.Schuldners muß ein neuer bestimmt und sofort verkündet werden. Das liegt in seinem Rechte: er kann „verlangen." Gegen eine Abweisung des Antrags steht dem G.Schuldner die Beschwerde zu, § 66. Indeß nur eine „einmalige" Wiederholung kann er verlangen; erfolgt in diesem zweiten Termine nicht eine unbedingte Annahme durch beide Mehrheiten, so ist der Vorschlag auch dann gefallen, und eine Abstimmung nicht zu wiederholen, wenn diesmal wieder nur eine der beiden Mehrheiten (derselben Klasse wie früher, oder der andern) erreicht ist.

6) „Für den neuen Termin gelten alle für den ersten ertheilten Vorschriften; die Verhandlung ist in allen Theilen zu wiederholen; die früheren Erklärungen haben an sich keine Wirkung." Mot. 416. Die früher Zustimmenden können nun gegen den Zwangsvergleich stimmen und umgekehrt. Theilnehmer des frühern Termins können sich des Erscheinens oder der Abstimmung enthalten. Früher nicht Erschienene können Theil nehmen. Wiederholt werden soll nur, daß abgestimmt wird; nicht dieselbe frühere Abstimmung, was ja als zu demselben Resultate führend sinn- und zwecklos wäre. Nur, wenn im neuen Termine ein Vergleich — welcher von dem früheren Vorschlage abweichen kann — mit den nöthigen Mehrheiten geschlossen wird, ist derselbe verbindlich.

7) Ob der neue Termin außer der Verkündung noch öffentlich bekannt gemacht zu werden braucht, könnte mit Rücksicht auf § 66 Abs. 2 bezweifelt werden, wonach jede Entscheidung von Amtswegen zuzustellen ist. Daß die Bestimmung eines neuen Termins auf den Antrag des G.Schuldners, also die Erklärung, daß die Voraussetzungen des Antrags nach Abs. 2 vorhanden sind und dem Antrage stattzugeben ist, eine Entscheidung im Sinne des § 66 ist (vgl. C.P.O. § 146 Nr. 5), sollte nach dem allgemeinen Begriffe der „Entscheidung" nicht füglich bezweifelt werden. Indeß wie für den im § 170 Abs. 2 bezeichneten Termin, so kann auch für den im § 169 Abs. 2 bezeichneten die Vorschrift: „er sei zu verkünden" nur bedeuten sollen, daß die Verkündung in diesem Falle die einzige erforderliche Art der Bekanntmachung bilden solle. Bei der knappen Redaktion der K.O. ist die sonst vorliegende Bedeutungslosigkeit der Vorschrift nicht anzunehmen. Ohnehin ist die Bestimmung des neuen Termins als Vertagung einer G.-Versammlung anzusehen, also auch nach § 85 Abs. 2 ohne öffentliche Bekanntmachung zulässig.

§ 170.

Der angenommene Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung des Konkursgerichts.[1]

Das Gericht entscheidet, nachdem es die Gläubiger, den Verwalter und den Gläubigerausschuß[2] in[3] dem Vergleichstermine oder einem zu verkündenden[4] Termine gehört hat.

E. I. 178. 179. P. 190. ff.

1) Bestätigung des K.Gerichts, §§ 170—174. Der Beschluß des Konkursgerichts, daß ein Zwangsvergleich bestätigt oder seine Bestätigung versagt wird, ist seinem Wesen nach eine urtheilsmäßige Entscheidung über die Beseitigung des Konkursanspruchs aller Gläubiger. Der „Beschluß", wie ihn § 171 bezeichnet, greift unmittelbar in die Rechte Anderer ändernd ein, wenn eine Bestätigung erfolgt und lehnt eine solche Aenderung ab, wenn die Bestätigung versagt wird. Für die Nichtzustimmenden ist nicht der von Anderen vereinbarte Vergleich, sondern der Gerichtsbeschluß der Grund für die Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse zum G.Schuldner. R.O.H. 25, 304. Vorbem. 2 vor § 160. Diesem entsprechend hat ein solcher Bestätigungsbeschluß auch im Sinne der Geltendmachung vor einem andern Deutschen Gerichte und des § 19 des Rechtshülfeges.

v. 21. Juni 1869 die Bedeutung einer rechtskräftigen Entscheidung, vgl. Einl. § 4. — Zur Gültigkeit des Z.Vergleichs als solchen und zur Erlangung der konkursordnungsmäßigen Wirkungen ist die Bestätigung auch dann nöthig, wenn alle Gläubiger zustimmen, Anm. 1 zu § 172.

Verfahren: Der E. I. §§ 178 ff. wollte die Bestätigung stets „nach mündlicher Verhandlung durch Endurtheil" erklären, welches nicht vorläufig vollstreckbar erklärt werden dürfte und der Berufung unterliegen sollte. Diese unbedingte Anwendung der Vorschriften der C.P.O. ist aufgehoben. Sie sind auch hier nur entsprechend anwendbar, zumal nicht immer ein eigentlicher Rechtsstreit dabei zu entscheiden ist. Es soll indeß eine Verhandlung der Betheiligten stattfinden, § 170 Abs. 2. Das Verfahren ist das einer mündlichen Verhandlung im Sinne der Konkursordnung. Die Betheiligten (Anm. 2) sind in einem Termine (Anm. 3) zu „hören", d. h. es ist ihnen Gelegenheit zu Erklärungen im Termine zu geben, Anm. 2 zu § 66. Die Bezugnahme auf schriftliche Erklärungen ist nicht unzulässig; aber zu berücksichtigen sind nur die mündlich im Termine geltend zu machenden. Es gilt hierüber, was über die Verhandlungen im Prüfungstermine. — Wegen der Kosten vgl. Ger.-Kost.-Ges. §§ 8, 51 Nr. 2, 95. Wegen der Rechtsanw.-Geb. s. §§ 56, 58, 59 R.-Anw.-Geb.-O. Ueber die Kostenpflicht vgl. Anm. 1 zu § 178. — Der „Beschluß" (auf Verwerfung aus den Gründen der §§ 172, 173 oder auf Bestätigung) unterliegt der sofortigen Beschwerde, § 174. Erst nach rechtskräftiger Bestätigung erfolgt die Aufhebung des Konkurses.

2) Die Verhandlung (Anhörung) der in Abs. 2 Bezeichneten muß immer der Entscheidung vorangehen. Betheiligter als Kontrahent und mit Rücksicht auf die Folgen (§§ 175 ff., 178, 179) ist immer der G.Schuldner. Der Verwalter und der G.Ausschuß sind niemals als Partei oder als betheiligt zu hören, sondern nur gutachtlich. Dagegen können die Gläubiger neben dem G.Schuldner, gegen ihn oder gegen einander, als Parteien bez. als Betheiligte auftreten und sind als einzelne Berechtigte zu hören, soweit sie sich erklären wollen. Mit Rücksicht auf die Allgemeinheit der Wirkung sind auch die nicht stimmberechtigten K.Gläubiger zur Verhandlung zu verstatten; zu Anträgen sollen Letztere jedoch nur berechtigt sein, wenn sie ihre Forderung glaubhaft machen (§§ 173, 174).

3) Die Entscheidung und daher auch die vorgängige Verhandlung soll wo möglich im Vergleichstermine erfolgen und verkündet werden. Mot. In jedem Falle muß die Verhandlung (das „Hören") in einem Termine erfolgen. Um dies im Gegensatz zu den Vorschlägen des Entw. zu bestimmen, zumal da in der K.O. das Prinzip der Mündlichkeit nicht gilt, wurde der Entw. von der R.K. geändert. Im E. lautete

> „§ 170 Abs. 2: Das Gericht entscheidet nach Anhörung der Gläubiger, des Verwalters und des G.Ausschusses.
>
> Abs. 3: Das Gericht kann zu diesem Behufe einen besonderen Termin bestimmen, welcher in dem Vergleichstermin zu verkünden ist.
>
> „§ 171: Der Beschluß, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird, ist in dem Termine zu verkünden".

Die R.K. beschloß dafür auf den Antrag des Abg. Wölfel („er halte die Zulassung einer schriftlichen Erklärung für bedenklich, da dieselbe möglicherweise nicht zur Kenntniß der übrigen Betheiligten komme"):

> „Das Gericht entscheidet, nachdem die Gläubiger, der Verwalter und der G.-Ausschuß in dem Vergleichstermine oder in einem besonderen, zu diesem Behufe zu bestimmenden, und im Vergleichstermin zu verkündenden Termine gehört sind. In diesem Termin ist der Beschluß zu verkünden, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird".

Die Redaktionskommission sollte indeß den Beschluß unter Beibehaltung eines § 171 dafür redigiren. Demgemäß sind §§ 170 Abs. 2, 171 in der jetzigen Fassung redigirt.

4) Erfolgt der Beschluß nicht im Vergleichstermine, so ist in demselben der fernere Termin zu verkünden. Eine weitere Bekanntmachung desselben ist nicht nöthig. Mot 417.

§ 171.

Der Beschluß, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt[1] oder verworfen[2] wird, ist zu verkünden.[3]

E. I. 178. P. 191.

1) Ein besonderer Antrag auf Bestätigung ist nicht nöthig. Mot. Er liegt im Vorschlage des Vergleichstermins.

2) Die Verwerfung kann nur auf Grund der §§ 172, 173 erfolgen. Wenn diese Fälle nicht vorliegen, muß bestätigt werden. Prot. 112 zu § 172.

3) Die Verkündung muß in einem der Termine des § 170 Abs. 2 erfolgen. Eine weitere Bekanntmachung oder Zustellung ist nicht nöthig. Die Verkündung ist vorgeschrieben, da eine Zustellung an alle vom Beschlusse Betroffenen unthunlich sei. Mot. 420. Hier wie im § 170 Abs. 2 und im § 169 kann die Vorschrift, daß zu verkünden ist, nur die Bedeutung haben, daß eine Zustellung nicht erforderlich sein soll, vgl. Anm. 3, 4 zu § 170. Anm. 7 zu § 169. A.M. Hullmann S. 320. Für die Beschwerde hat die Zustellung keine Bedeutung, weil die Frist nach § 174 Abs. 2 von der Verkündung an zu rechnen ist. — Indeß ist § 171 nur auf den Beschluß des Konkursgerichts selbst anwendbar, welcher gemäß der in den §§ 160—179 überall berücksichtigten Folge des Verfahrens hier allein in Frage ist; nicht auf die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Vgl. Anm. 3 zu § 174.

Eine Verkündung der Gründe ist bei wörtlicher Anwendung der C.P.O. §§ 282, 294 nicht unbedingt nöthig. Für den Akkord soll aber die Verkündung zugleich die Zustellung der mit Gründen versehenen Entscheidung ersetzen. Im Civilprozesse ist dagegen die Zustellung noch außer der Verkündung nothwendig, um die Rechtskraft der Entscheidung herbeizuführen, C.P.O. §§ 284, 477, 540. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der C.P.O. macht daher auch die Verkündung der Gründe nothwendig, da thatsächlich der verkündete Beschluß die Stelle eines zugestellten Urtheils mit Gründen vertritt. Hullmann S. 320. A.M. v. Sarwey S. 668; Stieglitz, S. 639. Zumal im Falle der Verwerfung würde durch Verkündung ohne Gründe die sofortige Beschwerde (§ 174 Abs. 2) illusorisch werden. Vgl. R.O.H. 9, 106.

§ 172.

Der Vergleich ist zu verwerfen:[1]

1. wenn die für das Verfahren und den Abschluß des Vergleichs gegebenen Vorschriften nicht beobachtet sind, und das Fehlende nicht ergänzt werden kann;[2]
2. wenn ein Fall der Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs nachträglich eingetreten ist.[1]

E. I. 180. P. 193.

1) Verwerfung von Amtswegen. In den Fällen des § 172 muß der Vergleich von Amtswegen verworfen werden, weil die Beobachtung der Vorschriften über Verfahren und Abschluß (Nr. 1) und über die Unzulässigkeit eines Vergleichs (Nr. 2)

juris publici und der Privatautonomie der auftretenden Parteien bez. ihrem Verzichte nicht unterworfen sind. Auch wenn sämmtliche Gläubiger zugestimmt haben, sind im Akkordverfahren die §§ 170—172 anwendbar, sofern nicht die auch während eines Akkordverfahrens zulässige Einstellung des Konkurses gemäß §§ 188 ff. erfolgt. Prot. 111 zu § 168. Ueber die Verschiedenheit der Einwilligung zur Einstellung und zum Z.Vergleiche s. Anm. 4 zu § 160.

2) Zu Nr. 1. Die Vorschriften, deren Verletzung die Verwerfung des Vergleichs zur Folge hat, sind die Bestimmungen der §§ 160—171. Die Zulassung, das Fehlende zu ergänzen, kann sich nicht darauf beziehen, daß Erklärungen, welche nach diesen Vorschriften unbedingt im Termine erfolgen müssen, oder andere neue Terminserklärungen zur Folge haben müßten, noch nach demselben erfolgen können, also nicht darauf, daß ein nach §§ 160—163, 168 unzulässiger Vergleichsvorschlag geändert wird, oder daß in dem an sich zulässigen Inhalte eines Vorschlages, welcher von Einzelnen nicht wie vorgeschlagen, sondern modifizirt angenommen ist, etwas geändert wird, was eine neue Abstimmung nöthig macht. Eine solche ist nur im Falle des § 169 Abs. 2 zulässig. Auch nachträgliches Abgeben von Stimmen oder nachträgliche Verleihungen von Stimmrechten sind als den Vorschriften positiv widersprechend keine zulässigen Ergänzungen. Nur soweit unter unberührter Geltung der im Termine abgegebenen Erklärungen den darin Betheiligten Einzelnen in Betreff ihrer Legitimation etwas fehlt, z. B. bei Bemängelung der Vollmacht eines Vertreters des G.Schuldners oder eines Gläubigers, der Prozeßfähigkeit eines Betheiligten, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters (C.P.O. §§ 54, 84, vgl. § 300 Nr. 1), kann dies wirksam nachgeholt werden.

3) Die unter Nr. 2 gemeinten Fälle der Unzulässigkeit sind die im § 162 bezeichneten.

§ 173.

Der Vergleich ist auf Antrag eines nicht bevorrechtigten Konkursgläubigers, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht,[1] zu verwerfen:

1. wenn der Vergleich durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise zu Stande gebracht ist;[2]
2. wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger widerspricht.[3]

Der Antrag ist nur zuzulassen, wenn die Thatsachen, auf welche derselbe gegründet wird, glaubhaft gemacht werden.[4]

E. I. 180. P. 193.

1) Verwerfung auf Antrag. Aus den Gründen des § 173 kann nur auf den Antrag eines legitimirten Gläubigers die Verwerfung erfolgen. Der Antrag ist, dem Verfahren der konkursordnungsmäßigen mündlichen Verhandlung entsprechend, im Termine zu stellen. Er muß wenigstens, wenn schriftlich eingereicht, was an sich zulässig ist, im Termine wiederholt und begründet werden, kann nicht ohne die im § 170 vorgeschriebene mündliche Verhandlung abgewiesen werden, vgl. Anm. 1 und 3 zu § 170, und ist bis zur Verkündung des Beschlusses (§ 171) zulässig.

Der Entw. enthielt nur „auf Antrag eines Gläubigers." Die R.K. hat die Qualifikation des widerspruchsberechtigten Gläubigers in Uebereinstimmung mit den Mot. und mit § 174 zugesetzt. Prot. 131. Zur Legitimation eines widersprechenden Gläubigers ist es daher nöthig, daß er nicht bevorrechtigter K.Gläubiger und daß er entweder nach §§ 87, 88 stimmberechtigt ist oder seine Forderung „glaubhaft" gemacht hat, vgl. Anm. 2 zu

§ 97. Daß die Forderung geprüft oder auch nur angemeldet ist, wird also nicht erfordert. Ebenso ist es, da im § 173 hierfür keine Ausnahmen gemacht sind, ohne Einfluß, ob derselbe am Akkordverfahren Antheil genommen oder sogar für den Akkord gestimmt hat. Selbst ein Zustimmender kann die Verwerfung beantragen, zumal wenn seine Zustimmung durch Betrug, aus Irrthum u. s. w. erfolgt war. Mot. 148. In Betreff der Stimmberechtigung ist zu berücksichtigen, daß die hierüber nach §§ 87, 88 zu treffenden Entscheidungen nicht anfechtbar sind, und daß für die darnach Zugelassenen die Berechtigung weder von dem über die Bestätigung oder Verwerfung entscheidenden K.Gerichte selbst, noch in der Beschwerde-Instanz bestritten werden kann.

2) Zu Nr. 1. „Begünstigung" ist jede Verletzung des § 168. Das Zustandebringen „in unlauterer Weise" ist von der Vork. (statt „durch Betrug" im E. I. § 180) aufgenommen, um in umfassendster Weise auch Fälle zu treffen, welche nicht direkt juristisch als unerlaubt sich qualifiziren lassen, insbesondere auch das Auskaufen von Gläubigern. — Wer den Vergleich in solcher Weise zu Stande gebracht hat, ist gleichgültig. Ein Gläubiger, welcher einen dazu begangenen Betrug im Bestätigungsverfahren nicht geltend macht, obwohl er hierzu im Stande war, verliert das Recht, den Akkorderlaß anzufechten, § 182.

3) Zu Nr. 2. Unter das Prinzip in Nr. 2 können die Beispiele fallen, welche im P. § 193 Nr. 4, 2 (Ges. v. 12. März 1869) aufgestellt sind (die Erwirkung des Akkordes durch die Stimmen von Gläubigern, welche noch an andere ihnen Mitverpflichtete sich halten können, oder Verwandte sind, oder erst nach der K.Eröffnung freiwillig Forderungen erworben haben; Unsicherheit eines schon früher in Konkurs verfallenen G.Schuldners), ebenso überhaupt Bedenken gegen die Sicherung des Vergleichs. Mot. 419, 420. Darüber, daß die Versagung der Bestätigung nicht im Interesse der öffentlichen Ordnung, sondern nur im gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger erfolgen soll, vgl. Vorb. 1 vor § 160. Das Gericht ist dadurch immerhin zum Richter über Zweckmäßigkeitsfragen gemacht, statt nur über verletzte Rechte entscheiden zu sollen.

4) Abs. 2. Die Glaubhaftmachung der begründeten Thatsachen ist die Voraussetzung der Zulassung, d. h. der Berücksichtigung des Antrags. Sind die Thatsachen glaubhaft gemacht, so ist über die Zulassung nicht besonders zu beschließen; sie bildet einen Theil des gesammten Verfahrens und besteht eben darin, daß über den Antrag weiter verhandelt wird. Sie hat dieselbe Bedeutung, wie im § 97. Die frühere Redaktion des Abs. 2 im E.: „Die Thatsachen, auf welche der Antrag gegründet wird, sind glaubhaft zu machen" ist von der R.K. geändert, um ebenso, wie im § 97, klarzustellen, daß anderenfalls der Antrag gar nicht zu berücksichtigen ist, daß aber im Falle der Glaubhaftmachung für das Gericht noch die Ueberzeugung von der Richtigkeit eines Grundes zu 1 oder 2 erforderlich ist, um die Verwerfung auszusprechen. Der widersprechende Gläubiger hat zu beweisen. Das Gericht kann aber von Amtswegen von der Befugniß zu weiteren Ermittelungen gemäß § 67 Gebrauch machen. Prot. 112, 113. Vgl. Anm. 1, 2, 4 zu § 97.

§ 174.

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß, durch welchen der Vergleich bestätigt oder verworfen ist, steht dem Gemeinschuldner und jedem nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger zu, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht.[1]

Die Frist zur Einlegung der Beschwerde beginnt mit der Verkündung des Beschlusses.[2]

Eine Anfechtung der Entscheidung des Beschwerdegerichts findet nicht statt.[3)]

E. I. 182. P. 195.

1) Der G.Schuldner hat ein Beschwerderecht nicht gegen die Bestätigung eines von ihm selbst vorgeschlagenen Vergleichs. Für die Legitimation eines K.Gläubigers zum Widerspruch gilt dasselbe in Anm. 1 zu § 173 Bemerkte. Ob der K.Gläubiger an der früheren Verhandlung über die Bestätigung oder Verwerfung sich betheiligt hat, bez. erst mit der Beschwerde seine Forderung glaubhaft macht, ist ohne Einfluß. Der Beschwerdeführer ist auch berechtigt, erst in der Beschwerdeinstanz bez. mit der Beschwerde seinen Antrag auf Verwerfung zu stellen. C.P.O. § 533. Er muß natürlich dann den Erfordernissen des § 173 genügen und die begründenden Thatsachen glaubhaft machen. Ueberhaupt sind in der Beschwerdeinstanz die §§ 172, 173 ebenfalls in jeder Beziehung zu beachten, also etwanige neue Thatsachen glaubhaft zu machen. — Ueber das Verfahren in Folge der Beschwerde vgl. Anm. 5 zu § 66. — Der Verwalter hat gemäß seiner nur gutachtlichen und nicht vertretenden Stellung im Vergleichsverfahren (vgl. Anm. 2 zu § 66) kein Beschwerderecht. Entsch. 38, 438. Mot. 420.

2) Abs. 2. Die Beschwerdefrist beginnt mit der Verkündung des Beschlusses. Der Beschluß vertritt die Stelle einer mit Gründen versehenen Entscheidung; die Verkündung tritt an die Stelle der Zustellung. Darüber, daß nur eine Verkündung des Beschlusses mit Gründen für den Beginn der Frist maßgebend ist, vgl. Anm. 3 zu § 171.

3) Abs. 3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist nach der allgemeinen Regel des § 66 Abs. 2 den Betheiligten zuzustellen. Die Vorschrift des § 171, daß der Bestätigungs- oder Verwerfungsbeschluß zu verkünden ist, findet auf die Entscheidung des Beschwerdegerichts keine Anwendung. Das durch eine Beschwerde veranlaßte Verfahren braucht nicht, wie das dem Beschlusse des K.Gerichts vorangehende, eine mündliche Verhandlung in einem Termine zu sein und wird es in der Regel nicht sein. Es ist offenbar nicht beabsichtigt, lediglich zur Verkündung einer Beschwerde-Entscheidung einen Termin anzusetzen; während für den Beschluß des K.Gerichts mit Bezug auf das vorangegangene Verfahren die Verkündung das Natürliche ist. — Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist unanfechtbar; eine „weitere Beschwerde" im Sinne der C.P.O. § 531 Abs. 2 (vgl. Anm. 5 zu § 66) findet nicht statt.

§ 175.

Sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist, beschließt das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens.[1)] Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Der Beschluß und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.[2)]

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

E. I. 197. 199. 200. P. 199.

1) IV. Konkursaufhebungsverfahren, §§ 175—177. Die Vorschriften des § 175 entsprechen dem § 151 betreffs der K.Aufhebung nach der Schlußvertheilung. Aus der Natur der Sache und den mit einer K.Aufhebung nothwendig zu erledigenden Operationen folgt die Einfügung der im § 175 nicht besonders erwähnten Maßregeln. Vorangehen muß die Rechtskraft der bestätigenden Entscheidungen, also der Ablauf der Beschwerdefrist nach § 174 Abs. 2, wenn das K.Gericht bestätigt hat und keine Beschwerde eingelegt ist oder die als Resultat einer Beschwerdeinstanz sich ergebende, dann unan-

fechtbare (§ 174 Abs. 3) Bestätigung. — Aus § 175 Abs. 1 folgt, daß der Vergleich den Konkurs beendigen muß und daß die Erfüllung des Vergleichs nicht noch einen Theil des K.Verfahrens bilden kann, sondern die K.Aufhebung nicht verzögern darf und außerhalb des Konkurses fällt, vgl. Anm. 1 zu 161. — Dagegen kann sich nicht unmittelbar an die rechtskräftige Feststellung des Vergleichs die Aufhebung mit der Bedeutung anschließen, daß sofort das Konkursverfahren ipso facto ein Ende hätte. Das K.Gericht hat „über die Aufhebung" das Nöthige zu beschließen, vgl. Anm. 1 zu § 151. Die Aufhebung ist sachgemäß selbst wieder ein Aufhebungsverfahren, welches mit der öffentlichen Bekanntmachung des Aufhebungsbeschlusses (Abs. 2) schließt. Vor diesem das Verfahren vollständig abschließenden Aufhebungsmomente sind die mit der Beendigung des Verfahrens zusammenhängenden Akte zu ordnen. Dazu gehört zunächst die nach § 78 vom Verwalter in einem Termine zu legende Schlußrechnung, bei deren Abnahme die Gläubiger auch beim Z.Vergleiche zuzuziehen sind, weil sie immerhin mit Rücksicht auf die vom G.Schuldner zu erfüllenden Verpflichtungen ein Interesse an dessen Rechten behalten. Anm. 1 zu § 78. Ebenso gehört zum Aufhebungsverfahren, daß zunächst die Sicherungsmaßregeln getroffen werden, welche theils etwa den Vergleichsbedingungen gemäß zur Vollständigkeit des Vergleichs bedungenermaßen vorausgesetzt sind, aber vor der Bestätigung des Vergleichs nicht ausgeführt werden konnten (Grundbuchs-Eintragungen, Ausantwortung von Pfändern), theils vom Gesetze durch § 176 vorgeschrieben sind. Mot. 421. Die Regulirung dieser Angelegenheiten ist sachgemäß eine Vorbedingung der definitiven Aufhebung. Auch hier, wie für den § 151 bedeutet der Beschluß der Aufhebung eine nicht blos formale, sofort nach der Rechtskraft der Vergleichsbestätigung auszusprechende, Erklärung, sondern eine Entscheidung, welche nach sachlicher Prüfung und nach Veranlassung der Vorbedingungen der Aufhebung zu treffen ist. Vgl. Anm. 1 zu § 151.

2) Die Aufhebung wirkt mit dem Zeitpunkte, in welchem die öffentliche Bekanntmachung als bewirkt gilt. § 68 Abs. 1. (Vgl. Entsch. 40, 396; 46, 344.) Die Thätigkeit des Verwalters ist beendigt (§ 5), unbeschadet der ihm noch nach §§ 176, 177 obliegenden gesetzlichen Verpflichtungen, soweit diese nicht schon vorher gemäß Anm. 1 geordnet sind. Auch hier tritt, wie nach einer Schlußvertheilung, die Wirkung der Aufhebung des Konkurszustandes für und gegen alle Betheiligte, den G.Schuldner, die Gläubiger und Dritte gleichzeitig ein. Vgl. Anm. 2 zu § 151. — In Betreff der Gerichtskosten vgl. Ger.-Kost.-Ges. §§ 8, 51 Nr. 2, 95.

§ 176.

Der Verwalter hat aus der Konkursmasse die Masseansprüche zu berichtigen. Die bestrittenen Masseansprüche sind sicher zu stellen.[1)]

Die bevorrechtigten Konkursforderungen sind, insoweit sie festgestellt sind, zu berichtigen, insoweit sie glaubhaft gemacht sind, sicher zu stellen.[2)]

E. I. 198. P. 199.

1) Abs. 1. Masseansprüche. Sache des Verwalters soll es sein, die Masseansprüche „aus der Konkursmasse" zu berichtigen. Daraus folgt, daß er dies thun muß und daß dazu ihm auch die Disposition über die Masse verbleiben muß, bevor sie an den G.Schuldner übertragen wird. Vgl. Anm. 1 zu § 175. Entsprechend dem § 159 hat er nur für die ihm bekannt gewordenen Ansprüche zu sorgen; für diese indeß ist er bei eigener Verantwortlichkeit zu sorgen verpflichtet. Er kann dazu disziplinarisch nach §§ 75, 76 angehalten werden. Die Massegläubiger können gegen ihn auf Grund seiner Verpflichtung klagen. Er fungirt insoweit auch noch immer als „Verwalter" bez. Vertreter des G.Schuldners. Der präklusivische Schlußtermin, bis zu welchem dem Verwalter die

Masseansprüche bekannt geworden sein müssen, um von ihm Berücksichtigung zu erwarten, ist die Wiedereinsetzung des G.Schuldners in sein Vermögen, § 177. Masseansprüche, welche er später erst erfährt, berühren ihn nicht mehr, da er dann keine Möglichkeit der Erledigung mehr hat. Masseansprüche, welche er früher erfährt, hat er nach Abs. 1 noch zu berichtigen. Er darf sie nicht darauf verweisen, daß der G.Schuldner sie befriedigen müsse, da sie im Interesse der Masse entstanden sind. Auch sofern die Masseansprüche noch nicht fällig bez. bedingt sind, muß er die nöthigen Beträge reserviren. Die Konkursaufhebung selbst ändert nichts hinsichtlich der für den G.Schuldner verbleibenden Verpflichtungen aus den vom Verwalter eingegangenen oder festgesetzten Rechtsgeschäften, insbesondere aus den, von ihm fortgesetzten oder neu eingegangenen Pacht-, Dienst- und Miethverträgen.

Die bestrittenen Masseansprüche, auch wenn sie nicht glaubhaft gemacht sind (vgl. Abs. 2), sind mit Hülfe der Masse sicher zu stellen, und zwar unter entsprechender Anwendung der C.P.O. § 101 durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in Werthpapieren. Die Ausführung der Sicherstellung bleibt der Verhandlung zwischen dem Gläubiger einerseits und dem Verwalter andererseits überlassen. Nöthigenfalls würde im Prozeßwege darüber zu entscheiden sein. Die Zuziehung des Verwalters zur Verhandlung ist nöthig, weil von ihm die Masse nur bei Erledigung der gesetzlichen Sicherungsmaßregeln des § 176 an den G.Schuldner auszuantworten ist und desfallsige Dispositionen in seiner Schlußrechnung mit aufzunehmen sind. Für die bestrittenen (Satz 2), ebenso wie für die von ihm anerkannten (Satz 1) ist es der Verwalter, welcher zu sorgen hat. Das Subjekt des ersten Satzes, der Verwalter ist auch der Verpflichtete für die übrigen Bestimmungen des § 176. Auch nur die von ihm bestrittenen sind im zweiten Satze gemeint. Soweit der G.Schuldner Masse-Ansprüche, welche der Verwalter bestritten hat, anerkennt und befriedigt, oder sich mit dem Gläubiger über eine Sicherung einigt, hat der Verwalter für einen Widerspruch seinerseits keine Parteirolle, sofern der Gläubiger keine weiteren Ansprüche macht. Er wird aber durch das bloße Stillschweigen des Gläubigers von seiner Verpflichtung zur Fürsorge nicht entbunden. Er behält die Verpflichtung, sicher zu stellen und sofern der Massegläubiger auf Grund der dem Verwalter nach § 176 obliegenden amtlichen Fürsorge von dem Verwalter Befriedigung verlangt, muß er gegen diesen Klage erheben. Der Gläubiger kann indeß auf die Fürsorge des Verwalters verbindlich verzichten und sich vom G.Schuldner Befriedigung verschaffen.

2) Die im Abs. 2 vorgeschriebene Fürsorge für bevorrechtigte Forderungen, welche wie die Masseansprüche am Akkorde nicht Theil nehmen, § 160, liegt dem Verwalter als Amtspflicht aus seiner Vertretung hinsichtlich der Vermögensverwaltung im Interesse der K.Gläubiger ob. Er hat die ihm bekannten, — angemeldeten oder nicht angemeldeten, da das Gesetz nicht unterscheidet — aus der Konkursmasse zu berücksichtigen; und zwar die festgestellten zu zahlen und die andern, soweit sie glaubhaft sind, (also im Zweifel zur Vermeidung eigner Verantwortlichkeit immer) zu sichern. Die bevorrechtigten Gläubiger können ebenso wie die Massegläubiger gegen den Verwalter auf Grund seiner Verpflichtung klagen. Sowohl in solchen Prozessen, als auch hinsichtlich der vom Verwalter gesicherten Forderungen vertritt der Verwalter auch noch ferner den G.Schuldner.

§ 177.

Soweit der Zwangsvergleich nicht ein Anderes bestimmt, erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.[1]

E. I. 201. P 198.

1) Nach Sicherung der im § 176 vorgeschriebenen Deckungen und der etwa zwangsvergleichsmäßigen ferneren Sicherungsbedingungen und unter Legung seiner Schluß-

rechnung (vgl. Anm. 1 zu § 175) hat der Verwalter die bisher seiner Verwaltung unterliegende Masse, sofern der Akkord nicht andere Dispositionen trifft, dem G.Schuldner auszuantworten. Soweit dazu Handlungen oder Erklärungen des Verwalters nicht nöthig sind, hört kraft Gesetzes die Dispositionsentziehung (§ 5) mit der K.Aufhebung auf, vgl. Anm. 2 zu § 175. Sofern der G.Schuldner dem Verwalter die Erfüllung des Vergleichs überträgt, kann dieser dieselbe nicht mehr als Konkursverwalter ausführen, sondern nur als Beauftragter des G.Schuldners. — Die Einschränkung: „soweit der Z.Vergleich nicht ein Anderes bestimmte" bedeutet nur, daß der G.Schuldner die K.Masse durch den Z.Vergleich vertragsmäßig Beschränkungen z. B. durch Pfandsicherung, Ueberweisung der Masse an einen Dritten zur Vergleichsausführung unterwerfen kann, nicht aber: daß der G.Schuldner die Aufhebung des Konkurses selbst noch derartig bedingungsweise aufschieben könnte, daß zuvor der Z.Vergleich ausgeführt sein solle. Vgl. Anm. 1 zu § 161.

§ 178.

Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren oder an der Beschlußfassung über den Vergleich nicht Theil genommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben.[1] Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners werden nicht berührt.[2]

E. I. 183. P. 197. 198.

1) V. Wirkung des Zwangsvergleichs, §§ 178—180. Der Akkord ist an sich auf die Beschaffenheit der Forderungen und auf ihre Feststellung ohne Einfluß. Er läßt ihren Schuldgrund unberührt. Er enthält kein Anerkenntniß, keinen neuen Rechtsgrund, keine Novation und keinen den Forderungsgrund oder dessen Feststellung berührenden Vergleich für die einzelne Forderung, sondern modifizirt nur unter der Voraussetzung, daß die K.Forderungen an sich begründet sind, die Rechte hinsichtlich ihrer Geltendmachung. Das Fundament der Rechte bleibt das frühere. Für die Wirkung des Akkordes ist daher nur ausgesprochen, daß sie für und gegen alle nicht bevorrechtigten K.Gläubiger eintritt. Welche Wirkung der Akkord hat, wird durch dessen Inhalt bestimmt, Anm. 1 zu § 161. Auch wenn über den G.Schuldner von Neuem Konkurs eröffnet wird, können die Akkordgläubiger nur ihre Akkordforderungen als K.Gläubiger verlangen, ausgenommen den Fall, daß der Akkorderlaß wegen Betruges oder betrüglichen Bankerutts anfechtbar war, §§ 182 ff. Unberührt bleibt jedoch die Frage, ob der G.Schuldner bei einer Erbtheilung Schulden, welche der Erblasser für ihn bezahlt hat, auch über die Akkordrate hinaus konferiren muß; denn hierbei handelt es sich nicht darum, daß er noch außer der Akkordrate etwas gewähren muß, sondern um die Feststellung dessen, was für ihn verwendet ist. Zur Ermittelung, ob und was er noch zu erhalten hat vgl. Strieth. 91, 220 zu preuß. A.L.R. II. 2 § 395.

Die vom § 178 berührte Wirksamkeit des Zwangsvergleichs betrifft nur die Zulassung der rechtlichen Verfolgung. Dem G.Schuldner bleibt die moralische Verpflichtung, seinen Gläubigern ihren Akkordausfall zu erstatten, mit der Wirkung, daß, wenn er einen durch Akkord erlassenen Betrag selbst irrthümlich gezahlt hat, die Rückforderung desselben (condictio indebiti) nach A.L.R. I. 16 § 178 ausgeschlossen ist. R.O.H. 8, 279. Ebenso kann der G.Schuldner nach der Akkordbeendigung verbindlich über Anerkennung und Befriedigung solcher erlassenen Beträge Verträge schließen. Anm. 4 zu § 168.

Die Forderungen, welche von der Wirkung des Z.Vergleichs betroffen werden, sind gemäß dem Wesen des Z.Vergleichs die Konkursforderungen, wie nur Konkurs-

gläubiger nach §§ 160, 168 Kontrahenten des Z.Vergleichs sind. Soweit der G.Schuldner in Folge seiner Verpflichtung, die Rechtsgeschäfte des Verwalters auszuführen, die von diesem gemäß seinem Wahlrecht (§ 15) zur Selbsterfüllung übernommenen Verträge zu erfüllen hat, kann er gegen diese wie gegen andere Masseansprüche den Akkord nicht einwenden. Darnach ist die Frage zu beantworten, welchen Einfluß der Akkord auf die Verpflichtung des G.Schuldners aus seiner Aktienzeichnung hinsichtlich der nach der Akkordbeendigung ausgeschriebenen Einzahlungen hat. Die Entschädigungsforderung für Nichterfüllung ist dem Akkorde als Konkursforderung unterworfen, sofern nicht zufolge des Wahlrechts des Verwalters die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses als Masseschuld begründet ist. R.O.H. 25, 292, R.G. Bd. 2 S. 262, 264. Vgl. Anm. 2 zu § 15. — Absonderungsberechtigte sind aus dem gleichen Grunde wegen ihrer persönlichen Forderungen dem Akkorde unterworfen bez. aus demselben berechtigt, soweit sie durch Verzicht oder Ausfall nicht bez. nicht mehr absonderungsberechtigt sind; vom Ausfalle, nicht von den noch durch Pfand gedeckten Forderungen können sie die Akkordrate fordern. Entsch. 43, 423—432. — Von der Wirksamkeit des Vergleichs sind betroffen „alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger", ohne Rücksicht auf ihre Theilnahme am Akkorde überhaupt, und auf ihre Abstimmung für oder gegen den Akkord. Auch ob die Forderung angemeldet ist, begründet nach § 178 keinen Unterschied. Der die Beseitigung des K.-Anspruchs bezweckende Z.Vergleich präkludirt die nichtgemeldeten Forderungen durch ihre Einschließung in die Wirksamkeit des Akkords. Die Forderung wird stets in ihrer Qualität und ihrem Umfange, wie sie Konkursforderung ist und als solche im K.Verfahren geltend gemacht werden kann bez. muß, von der Wirksamkeit betroffen; mithin auch bedingte, nicht fällige, nicht auf einen Geldbetrag gerichtete, jedoch geldschätzenswerthe und Ansprüche auf wiederkehrende Hebungen, §§ 58, 62, 63, und zwar alle diese so wie sie angemeldet werden müßten, um wirksam für eine Konkursbetheiligung geltend gemacht zu werden. Stieglitz S. 651. Darnach entscheidet sich auch die Frage, wem und in welchem Verhältnisse die Akkordrate für eine Wechselforderung zu zahlen ist, wenn diese von verschiedenen Betheiligten, vom Inhaber als unbedingte, von Anderen als bedingte, angemeldet ist. Durch die Zahlung der Akkordrate an den Inhaber des Wechsels ist die gesammte Wechselschuld des G.Schuldners getilgt und die bedingte Berechtigung der Uebrigen mit erledigt. Vgl. Anm. 1 zu § 60. R.O.H. 24, 140. — Aus dem gleichen Grunde der entscheidenden Qualität der K.Forderung ist für einen nach § 15 vom Verwalter nicht erfüllten Vertrag die Akkorddividende nur von der Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung, § 21, als der für den Konkurs die Regel bildenden Voraussetzung zu fordern. R.O.H. 25, 298.

Bestritten ist, ob der Z.Vergleich auch für und gegen solche Forderungen wirksam ist, welche nach § 56 im K.Verfahren nicht geltend gemacht werden können. Ohne Rücksicht darauf, ob und wieweit sie begrifflich nach § 2 K.Forderungen sind, müssen sie jedoch von den „nicht bevorrechtigten K.Gläubigern" im Sinne des § 178 ausgeschlossen erachtet werden. Unter den K.Forderungen des § 178 sind nur die im § 54 Nr. 6 den bevorrechtigten Nr. 1—5 gegenübergestellten, nach denselben „zu berichtigenden" „übrigen K.Forderungen" verstanden. Ausschlaggebend sind hierfür Natur und Zweck des Z.Vergleichs als eines Vergleichs bez. einer Entscheidung zur Beseitigung des Konkursanspruchs und zur Rückgewähr der Konkursmasse an den G.Schuldner, Anm. 1 zu § 161, Vorb. vor § 160. Wer am K.Anspruche und an der zur Verwirklichung desselben bestehenden Gemeinschaft der Gläubiger keinen Antheil hatte, und aus der K.Masse nichts fordern konnte, kann von dem Vergleiche daher weder zu Gunsten noch zu Schaden berührt werden. Demgemäß sind auch von der gleichen Akkordwirksamkeit des § 197 P. die nach P. § 84 von dem Konkursverfahren ausgeschlossenen Ansprüche in Strieth. 40, 308 unberührt erklärt. Für solche Forderungen hat der Z.Vergleich nur die Wirkung, daß das

K.Verfahren und damit die Beschränkung der Verfolgung der Ansprüche (§§ 10, 11) beendigt ist; sie können nunmehr vollständig wie bei einer K.Beendigung durch Schlußvertheilung, § 152 Abs. 1, und nicht nur in Höhe der Akkordraten geltend gemacht werden. Stieglitz S. 652 (a.M. v. Völderndorff II. S. 506, 522; v. Sarwey S. 682; Petersen S. 481). Die Annahme, daß sie dadurch in Verbindung mit der Rückgewähr der Masse an den G.Schuldner besser gestellt seien, als die dem Vergleiche unterworfenen Gläubiger, ist — abgesehen davon, daß der G.Schuldner kein Recht hat, durch die Aufhebung des K.Anspruchs auch von den ihm nicht unterworfenen Ansprüchen befreit zu werden — praktisch nur eine scheinbar richtige. Die betroffenen K.Gläubiger sind durch ihren Einfluß auf die Bedingungen, unter welchen sie dem Vergleiche zustimmen wollen, in der Lage, dafür zu sorgen, daß die Befriedigung ihrer eigenen Forderungen aus der K.Masse gesichert wird, bevor die Masse wirksamen Angriffen wegen anderer Forderungen ausgesetzt werden kann. Außerdem werden die praktisch wichtigsten der Forderungen des § 56, nämlich zu Nr. 1 und 2 die Zinsenforderung der K.Gläubiger seit der K.Eröffnung und die Konkurs-Liquidationskosten der K.Gläubiger, in der üblichen Weise der Akkordschließung: Erlaß des gesammten Restes der Forderung gegen Zahlung bestimmter Prozente, bereits als unter dem erlassenen Betrage einbegriffen angesehen und ausgedrückt. Ob dies der Fall ist, ist freilich Sache der Redaktion und der Auslegung der Vergleichsbedingungen. Würde namentlich in einem Z.Vergleiche vom G.Schuldner die Zahlung bestimmter Prozente der Forderungen versprochen, so sind dem Kreise der berechtigten Forderungen entsprechend, die Prozente nur von denjenigen Beträgen, welche im Konkurse angemeldet und geltend gemacht werden können, zu berechnen; nicht auch von den Zinsen während des Konkurses und von den Liquidationskosten. Fraglich kann dabei nur werden, ob der Erlaß nur die übrigen Prozente jener K.Forderungen, oder auch diese Zinsen und Kosten betrifft.

Ueber Tragung und Erstattung der Kosten des Z.Vergleichsverfahrens enthält die K.O. keine besonderen Vorschriften, während nach P. § 194 der G.Schuldner außer den gerichtlichen Kosten (baaren Auslagen) auch die außergerichtlichen Kosten zu tragen hatte, und nur die besonderen Kosten eines unbegründeten Einspruchs dem einsprechenden Gläubiger zur Last fallen sollten. Der Zwangsvergleich wird in den Mot. S. 242 nicht als Theil des gemeinschaftlichen Verfahrens im Sinne des § 51 Nr. 1 angesehen, sondern als ein im Interesse des G.Schuldners von diesem veranlaßtes besonderes Verfahren. Gerichtsgebühren werden dafür nach dem Ger.-Kost.-Ges. nicht erhoben; die entstehenden baaren Auslagen, insbesondere der Bekanntmachung, hat der G.Schuldner als Antragsteller zu tragen, §§ 81, 84 Ger.-Kost..Ges. Vgl. Anm. 1 zu § 51. Fraglich ist, ob nach der K.O. der G.Schuldner den einzelnen Konkursgläubigern die diesen erwachsenen Kosten, insbesondere die Anwaltsvertretungskosten, zu erstatten hat. Sie gehören zu den im § 56 Nr. 2 bezeichneten Forderungen, welche im K.Verfahren nicht, dagegen soweit sie begründet sind sofort nach der K.Beendigung geltend gemacht werden können. Nach allgemeinen Grundsätzen können an sich die Gläubiger ihre besonderen Kosten gegen den G.Schuldner persönlich geltend machen (C.P.O. § 87 und K.O. § 65) und zwar nicht nur die Kosten des Vergleichsverfahrens, sondern auch die des gesammten K.Verfahrens. Mot. 242; vgl. Anm. 2 zu § 152. Dies Recht braucht an sich nicht durch den Zwangsvergleich festgestellt zu werden. Für die praktische Auslegung des Vergleichs wird es indeß erheblich, ob nicht das Recht im Gegentheil durch den Z.Vergleich ausgeschlossen ist, und dies ist von dem konkreten Inhalte des Z.Vergleichs abhängig. Wird eine Erstattung der Kosten neben der üblichen Akkordschließung, daß gegen Zahlung bestimmter Prozente die Gläubiger mit allen Ansprüchen abgefunden sein sollen, nicht ausdrücklich vorbehalten, so wird sie als durch den Akkord beseitigt anzusehen sein. Als

Regel wird angenommen werden müssen, daß der G.Schuldner nur die im Z.Vergleiche bedungenen Rechte noch hat bewilligen wollen.

Für die formale Geltendmachung der Forderungen mit den Wirkungen des Akkords verbleibt es bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Formen. Für festgestellte Forderungen giebt § 179 einen besonderen Vollstreckungstitel. Der Gläubiger, welcher schon einen vollstreckbaren Titel hat, kann Zwangsvollstreckung beantragen. Entsch. 64, 366. Dem § 178 entsprechend, welcher zur Feststellung des Umfangs der Rechte den „rechtskräftig bestätigten Z.Vergleich" voraussetzt, bedarf er zur Vollstreckung neben seinem ursprünglichen vollstreckbaren Titel einer Ausfertigung des Zwangsvergleichs mit dem Atteste der Rechtskraft. Vgl. Anm. 2 zu § 179. Der Gläubiger einer anderen, nicht schon durch einen vollstreckbaren Titel gedeckten Forderung, namentlich also ein Gläubiger, welcher nicht angemeldet oder eine streitig gebliebene Forderung nicht nach § 134 verfolgt hat, muß klagen, bez. in dem sonst zulässigen Wege sein Recht verfolgen, sofern ihm der G.Schuldner nicht freiwillig einen vollstreckbaren Schuldtitel gewährt. Schwebende Prozesse über die Feststellung sind gegen den G.Schuldner unter entsprechender Aenderung des Antrags weiter zu führen. Vgl. Anm. 2, 5 zu § 152, Anm. 1 zu § 179.

2) Zu unterscheiden ist das Verhältniß der Bürgen und Mitschuldner eines G.-Schuldners zu diesem selbst (hierüber und über ihre bedingte Berechtigung vgl. R.O.H. 24, 1 und Anm. 1 zu § 60) und ihr Verhältniß zum Gläubiger des G.-Schuldners. Das letztere Verhältniß der Rechte der (vom Z.Vergleiche betroffenen) K.Gläubiger gegen die Mitschuldner und Bürgen des G.Schuldners wird durch Satz 2 des § 178 bestimmt. Der Satz bedeutet, daß der Gläubiger die ihm nach dem bürgerlichen Rechte zustehenden Rechte gegen die Bürgen und Mitschuldner des G.Schuldners geltend machen kann, ohne daß dieselben berechtigt sind, einzuwenden, er habe seine Rechte durch einen ohne ihre Genehmigung geschlossenen Akkord verloren. (Ebenso P. § 198 Abs. 2). Die Untersagung dieses Einwandes ist eine materiell-rechtliche Vorschrift für alle Civilrechtssysteme zur Beseitigung der Verschiedenheiten, welche sonst aus den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts hervorgehen würden. Sie gründet sich darauf, daß der Akkord nicht eine freiwillige Liberalität des Gläubigers gegen den G.-Schuldner ist, sondern gegen die konsentirenden ebenso wie gegen die widersprechenden Gläubiger einen Zwang der Umstände enthält, und daß der Akkord nicht als nachtheilig, sondern durch Vermeidung eines größeren Ausfalls als vortheilhaft für die Bürgen und Mitschuldner anzusehen ist. Mot. 422, 423. Schultze Jurist. Grundl. S. 133 findet den wahren Grund für die sachgemäße Vorschrift darin, daß der Akkord seinem Wesen nach nicht gewollter Vergleich, sondern Urtheilsspruch ist.

Die Vorschrift gilt für jeden Gläubiger, welcher der Wirkung des Z.Vergleichs unterworfen ist; er mag dann demselben beigestimmt oder widersprochen, gar nicht gestimmt oder beim Konkurse überhaupt nicht angemeldet haben. Sie gilt auch gegen jeden Mitverpflichteten und Bürgen des G.Schuldners, die Verpflichtung mag eine persönliche oder dingliche, eine korreale, solidarische oder partielle, eine gleichzeitige prinzipale oder nur subsidiarische sein. Die Rechtsstellung der Mitschuldner und Bürgen wird, da sie nicht berührt wird, durch den Z.Vergleich weder gebessert noch verschlechtert. Folge der Erhaltung der Rechte gegen die Bürgen und Mitschuldner, wozu auch die Vormänner eines Wechselinhabers gehören, ist, daß der Kridar ungeachtet der Erledigung seiner Verpflichtung durch Zahlung der Akkordrate nichts verlangen kann, was jene Rechte schmälern würde, insbesondere nicht Streichung seines Wechselaccepts oder Rückgabe des acceptirten Wechsels, Strieth. 29, 343 und 365; 30, 315.

§ 179.

Aus[1] dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche[2] findet für die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt[3] und nicht von dem Gemeinschuldner in dem Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, gegen den Gemeinschuldner und diejenigen, welche in dem Vergleiche für dessen Erfüllung neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben,[4] die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 662—701 der Civilprozeßordnung und des § 152 Abs. 3 dieses Gesetzes statt.[5]

E. I. 183. P. 201.

1) Für die Vollstreckbarkeit festgestellter Forderungen mit der Wirkung des Akkordes sind gegen den G.Schuldner dieselben Grundsätze maßgebend, wie sie bei der Vertheilungsbeendigung für den Ausfall in § 152 Abs. 2, 3 bestimmt und in Anm. 3 zu § 152 erörtert sind. Der G.Schuldner wird nach dem von der K.O. überall durchgeführten Systeme seiner Vertretung hinsichtlich der K.Forderungen, §§ 152, 179, 192, exekutorisch durch die Feststellung einer Forderung gebunden, welche er nicht im Termine ausdrücklich bestritten hat, und begründet es ihm gegenüber in allen Fällen keinen Unterschied, ob die Feststellung vor oder nach dem Vergleichstermine oder der Bestätigung erfolgt ist. Durch sein Nichtbestreiten hat er sich für jede wann immer erfolgende Feststellung der Exekutionswirkung unterworfen. Nach dem Wortlaute scheint dasselbe auch von der Feststellungswirkung gegen den Vergleichsbürgen gelten zu sollen. Indeß dessen Verpflichtung beruht abweichend von der schon vorher entstandenen Verpflichtung des G.Schuldners darauf, daß er eine Verpflichtung für die Erfüllung des Vergleichs in demselben erst übernommen hat; ihr Umfang und die Erfordernisse der Wirkung gegen den Vergleichsbürgen kann also nur nach der Zeit des Vergleichs und nach der damaligen Sachlage bemessen werden. Die exekutorische Wirkung gegen ihn besteht also nur für Forderungen, welche zur Zeit des im § 179 als maßgebend bezeichneten Zwangsvergleichs, d. h. bis zu dem in der Abstimmung des Vergleichstermins erfolgenden Abschlusse des (demnächst bestätigten) Zwangsvergleichs festgestellt sind. Dies heben auch die Mot. S. 425 hervor, vgl. Hullmann S. 329 Anm. 3; Stieglitz S. 655, 657; v. Sarwey S. 685—687; a.M. v. Völderndorff II. S. 527, 528.

2) Nach § 152 soll die Zwangsvollstreckung „aus der Eintragung in die Tabelle" erfolgen. Auch im Falle des Akkordes ist in den Mot. zu § 179 mit Recht die Feststellung als der Vollstreckungstitel bezeichnet. Insoweit bleibt der allgemeine Grundsatz des § 152 maßgebend. Durch den Akkord wird der Titel nur modifizirt, so daß die aus dem eigentlichen Schuldtitel zulässige Vollstreckung auf den Inhalt des Vergleichs beschränkt bleibt. Da der Rechtsgrund durch den Akkord unberührt bleibt, Anm. 1 zu § 178, so kann die Bedeutung der Vorschrift des § 179, welche den Z.Vergleich als formellen Exekutionstitel bezeichnet, nur dahin gehen, daß aus dem vorhandenen Rechtsgrunde und Titel und aus deren Feststellung die Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des Akkordes zulässig ist. Der Z.Vergleich kann auch äußerlich als Vollstreckungstitel nicht genügen. In Berücksichtigung des Umstandes, daß der Zwangsvergleich nicht selbst die einzelnen festgestellten und vom G.Schuldner nicht bestrittenen Forderungen angeben wird, daß jedoch im § 179 diese Erfordernisse zur Wirkung der Vollstreckbarkeit als nöthig bezeichnet sind, ist mit einer Ausfertigung des Zwangsvergleichs mit dem Atteste der Rechtskraft — um diesem Erfordernisse des § 179 zu genügen — zugleich ein beglaubigter Auszug der Tabelle zu verbinden, um mit der Vollstreckungsklausel nach

C.P.O. §§ 662 ff. versehen, die Legitimation zur Zwangsvollstreckung zu begründen. Vgl. Anm. 4 zu § 152.

3) Die festgestellten bevorrechtigten Forderungen haben schon nach dem allgemeinen Grundsatze des § 152 Abs. 2 und nach § 176 Abs. 2 das Recht auf Zwangsvollstreckung behufs ihrer vollständigen Befriedigung. Vgl. Mot. 424, P. § 201 Abs. 3. Für die nicht festgestellten Forderungen verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen; der schon früher vorhandene Exekutionstitel bleibt an sich wirksam und unterliegt nur den aus der Wirkung des Akkordes sich ergebenden Modifikationen. Anm. 1 zu § 178. Absonderungsforderungen als solche werden durch den Konkurs überhaupt nicht berührt. Soweit die Absonderungsberechtigten zugleich persönliche Gläubiger sind, unterliegen sie den für diese geltenden Bestimmungen. Vgl. Anm. 3 zu § 57. Entsch. 52, 454.

4) Der Exekutionstitel gegen den Bürgen ist durch das Gesetz dem Akkorde beigelegt. Strieth. 76, 321. Die Zwangsvollstreckung ist für die in Anm. 1 bezeichneten Forderungen gegen den Vergleichsbürgen statthaft, wenn er sich nicht im Vergleiche die Einrede, daß der Hauptschuldner zuerst angegriffen werden müsse (der Vorausklage), vorbehalten hat. Diese Bezeichnung der Bürgen, welche hiernach der Exekution unterworfen sind, ist umfassender, als der in P. § 201 (Ges. v. 12. März 1869) angewendete Begriff der Selbstschuldner, welcher ohnehin nicht allgemein technisch ist. Vgl. A.L.R. I. 14 §§ 297 ff. H.G.B. Art. 281 Abs. 2. Bürgen, welche ohne solchen Vorbehalt für den Akkord die Bürgschaft übernehmen, unterwerfen sich zufolge § 179 der sofortigen Zwangsvollstreckung, auch wenn dies nicht ausdrücklich erklärt wird. Bürgen, welche sich die Einrede der Vorausklage vorbehalten, also nur subsidiarisch haften wollen und dies ausdrücklich erkennbar machen, können verlangen, daß der Berechtigte nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften (vgl. preuß. A.L.R. I. 14 §§ 283—296) zunächst gegen den Hauptschuldner sein Recht verfolgt.

5) Vgl. Anm. 5—7 zu § 152.

§ 180.

Soweit die Leistungen aus dem Vergleiche noch nicht fällig sind, gewährt die Feststellung einer Konkursforderung, wenn nach den Landesgesetzen ein Urtheil den Anspruch auf eine Hypothek an dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners begründet, den Anspruch auf eine solche nur im Falle eines Arrestgrundes.[1)]

E. I. 184. P. 200.

1) Unter Beseitigung der Bestimmungen des Code art. 524 und des Ges. v. 1838 Art. 517 soll gesetzlich der Akkord ein Recht auf eine Kollektivhypothek für alle Gläubiger nicht gewähren. Für ungenannte Personen und für unbestimmte Beträge würde sie nach den neueren Grundbuchsystemen nicht konstituirt werden können. Im § 180 ist dagegen für nicht-fällige Forderungen einzelner Gläubiger ein Anspruch auf eine Hypothek für die Akkordleistungen gewährt, wenn

1. die Forderung festgestellt ist,
2. nach den Landesgesetzen ein Urtheil den Anspruch auf eine Hypothek an dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners begründet (vgl. preuß. Exek.V. v. 4. März 1834 § 22), und
3. ein Arrestgrund vorliegt, C.P.O. § 797. Das Erforderniß zu 2 hat seinen Grund darin, daß die zu 1 vorausgesetzte Feststellung grundsätzlich dem G.Schuldner gegenüber hinsichtlich der K.Masse (und sofern der G.Schuldner nicht im Prüfungstermine bestreitet, auch abgesehen von der Haftung der Konkursmasse) ein Urtheil

darstellt. §§ 133, 135, 152, 179. Die Voraussetzung zu 2, daß landesgesetzlich ein Urtheil den Anspruch auf eine Hypothek am unbeweglichen Vermögen des Schuldners begründet, ist für Preußen in der noch gegenwärtig gültigen Vorschrift des § 22 der Verordn. v. 4. März 1834 (vgl. Basch Allg. Ger.O. S. 233) vorhanden, ebenso für das französ. Recht durch art. 2123 Cod. civ.

In welcher Weise in diesem Falle die Eintragung zu erwirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen, C.P.O. § 811. Für Preußen vgl. hinsichtlich der Form: § 22 Ges. v. 4. März 1879 betr. Zwangsvollstreckung in unbewegl. Verm. und §§ 14, 19 22 preuß. Eig.Ges. v. 5. Mai 1872; für das französ. Recht vgl. v. Möller'sche Sammlung Anm. 31 zu § 180 F. S. 17.

Auf fällige Forderungen bezieht sich § 180 allerdings nicht; man kann das Recht, einen Titel zur Hypothek aus der Urtheilsnatur der Feststellung zu besitzen, gegenüber dem G.Schuldner nur aus dem § 179 im Falle des Nichtbestreitens des G.Schuldners herleiten, da §§ 133 Abs. 2, 135 sonst die Urtheilsnatur auf das K.Verfahren beschränken. In der That ist für fällige Forderungen das Bedürfniß einer hypothekarischen Sicherheit in geringerem Maße vorhanden.

§ 181.

Eine Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleichs aus dem Grunde der Nichterfüllung desselben findet nicht statt.[1)]

E. I. 185. P. 201.

1) Folge der Nichterfüllung des Zwangsvergleichs ist nur die Erzwingbarkeit der Erfüllung gemäß §§ 175—180. Dagegen ist die Nichterfüllung gesetzlich und stillschweigend kein Grund, die Aufhebung des Zwangsvergleichs zu verlangen. Dies ist im § 181 ausdrücklich gesagt, damit nicht sonst für das Gebiet des französischen Civilrechts aus Code civ. art. 1184 die entgegengesetzte Folgerung gezogen würde. Daß vertragsmäßig dem Akkorde die kassatorische Klausel als Bedingung beigefügt würde, soll durch § 181 nicht verboten sein. Mot. 426. Von Amtswegen ist indeß eine vertragsmäßige kassatorische Klausel nicht zu berücksichtigen, da die Wahrnehmung der vertragsmäßigen Rechte immer nur vom Willen des einzelnen Betheiligten abhängt. Sie kann auch, wenn nach der K.Aufhebung die Nichterfüllung sich herausstellt, bei der Unmöglichkeit der Zurückversetzung der früheren Konkursverhältnisse nur die Bedeutung haben sollen, dem einzelnen Gläubiger seine früheren Rechte wieder zu geben. Nach erfolgter Konkursaufhebung begründet eine neue Zahlungseinstellung einen neuen Konkurs; der alte kann vertragsmäßig nicht wieder aufleben, da die Betheiligten kein Vertragsrecht zur Bestimmung der Verhältnisse Dritten gegenüber haben.

§ 182.

Wenn der Zwangsvergleich durch Betrug zu Stande gebracht ist,[1)] so kann jeder[2)] Gläubiger den vertragsmäßigen Erlaß[3)] seiner Forderung anfechten, unbeschadet der ihm durch den Vergleich gewährten Rechte.[4)]

Die Anfechtung ist nur zuläſſig, wenn der Gläubiger ohne Verschulden außer Stande war, den Anfechtungsgrund in dem Bestätigungsverfahren geltend zu machen.[5)]

E. I. 186. P. 203. 204.

1) Sowohl der strafrechtliche Begriff des Betruges (St.G. § 263), als auch der civilrechtliche (preuß A.L.R. I. § 84; Strieth. 84, 175; Kierulff, Entsch. I. S. 74;

R.O.H. 4, 317) erfordern eine wissentliche Erregung oder Unterhaltung bez. Benutzung eines Irrthums. Aus der allgemeinen Fassung des § 182 erhellt ferner, daß hier in demselben Sinne, wie hinsichtlich der dem § 24 zu Grunde liegenden dolosen Absicht, die Richtung des Irrthums sowie der Absicht nicht gerade bestimmte Gläubiger zu treffen braucht. Es genügt, daß nach der Sachlage anzunehmen ist, es sei bei Gläubigern, gleichviel ob nur bei einem oder einzelnen bestimmten, oder unbestimmt, bei welchem der Irrthum erregt oder unterhalten. Ob der Betrug vom G.Schuldner oder von einem Dritten begangen, bleibt für den § 182 ebenfalls gleichgültig. Darüber, ob hinsichtlich der Absicht die Erfordernisse des strafrechtlichen Betruges oder nur eines civilrechtlichen nöthig seien, erfolgte in der R.K. eine Erörterung. Sie führte zu dem Ergebniß, daß für den § 182 ein Unterschied zwischen strafrechtlichem und civilrechtlichem Betruge nicht anzunehmen ist. Jedenfalls sind hier nur die Erfordernisse des civilrechtlichen Betruges zu verlangen. Außerdem ist die Absicht, „sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen" (St.G. § 263), welche für den civilrechtlichen Betrug nicht nöthig sein würde, stets anzunehmen, sobald die Absicht darauf gerichtet war, den Akkord zu Stande zu bringen, welcher für den G.Schuldner eine (für ihn an sich unberechtigte) Verbesserung seiner Schuldenverhältnisse herbeiführt. Die Benachtheiligung der Gläubiger liegt allemal schon im thatsächlichen Abschlusse des Zwangsvergleichs, namentlich darin, daß durch den Akkord unwiderruflich die Forderungen der Gläubiger um den akkordmäßigen Erlaß (Anm. 3) gemindert werden. Ein besonderer Nachweis einer Vermögensbeschädigung oder einer Absicht auf einen rechtswidrigen Vortheil ist hier nicht nöthig. So ist auch bei der Erörterung in der R.K. unter Zustimmung der Bundesvertretung der Begriff des Betruges hier verstanden. Prot. 114, 115.

Der Betrug muß aber den Zwangsvergleich „zu Stande gebracht" haben, causam dans, nicht incidens gewesen sein. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Betruge und der Abstimmung ist daher nachzuweisen. Es genügt dazu der Nachweis, daß der Irrthum bei einer so großen Zahl von Gläubigern entstanden ist, als für die Annahme oder Nichtannahme des Vergleichs ausschlaggebend gewesen ist. Sind die Theilungsmasse oder die Schuldmasse unrichtig angegeben, die erstere unter Verschweigung von Vermögensstücken zu gering oder die Schuldmasse durch Uebertreibung der Schuldenangabe zu hoch, so ist, da nach diesen Faktoren die wahrscheinlichen Resultate berechnet werden, anzunehmen, daß die unrichtige Sachdarstellung einen kausalen Irrthum herbeigeführt hat. Ob der Irrthum bei dem Anfechtenden oder Anderen entstanden ist, hat keinen Einfluß; aber auch nicht, ob diejenigen, bei welchen er entstanden war, jetzt nachträglich den Vergleich aufrecht erhalten wollen, sofern feststeht, daß sie zur Zeit des Vergleichs demselben ohne den Irrthum nicht zugestimmt haben würden.

Im E. I. § 186 war anschließend an P. § 203 gesagt: „Wenn mit Wissen oder im Interesse des G.Schuldners zur Gemeinmasse gehörige Gegenstände verheimlicht oder falsche Schuldbeträge aufgestellt, oder Gläubiger, ohne deren Zustimmung der Zwangsvergleich nicht angenommen wäre, für ihre Zustimmung heimlich begünstigt sind, oder der Zwangsvergleich in anderer Weise durch Betrug zu Stande gebracht ist." Diese Exemplifizirung ist, der Redaktionsweise der K.O. entsprechend, aufgegeben. Die konkreten Verhältnisse unterliegen der freien richterlichen Beweiswürdigung. C.P.O. § 259.

2) Wenn der Vergleich durch Betrug zu Stande gebracht ist, so ist der Vergleich nicht nichtig, auch nicht durch Anfechtung absolut und hinsichtlich jeder Wirkung zu rescindiren. Es wird nur eine relative Anfechtbarkeit mit einer auf den Anfechtenden sich beschränkenden Unwirksamkeit begründet. Jeder Gläubiger, ohne Rücksicht, ob er oder ein bestimmter anderer Gläubiger oder ob unbestimmt Gläubiger dem Betruge passiv ausgesetzt waren, ebenso ob er gegen oder für den Akkord gestimmt hat, oder überhaupt nur vorher vom Akkorde gewußt hat, soll berechtigt sein, die akkordmäßigen

Rechte geltend zu machen, dagegen braucht er zugleich die akkordmäßige Minderung der Schuld (s. Anm. 3) nicht gegen sich gelten zu lassen. Der Wegfall dieser allen Gläubigern verursachten Beschädigung, welche zugleich den Vortheil des Schuldners aus dem Akkorde bildet, soll ihnen als Entschädigung gewährt werden. Die Bestimmung ist jedoch auf die K.Gläubiger beschränkt, welche allein die Kontrahenten des Akkordes sind. § 160.

3) Unter dem „Erlaß" ist jede Beschränkung der K.Forderung verstanden, welche der Akkord dem Gläubiger auferlegt: Nachlaß an Kapital oder Zinsen, oder Aufschub der Zahlung oder Festsetzung anderer ungünstigerer Bedingungen.

4) Da für die K.Forderungen nur der G.Schuldner haftet, so ist auch der Erlaß nur gegen diesen anzufechten. Der Bürge (abgesehen von einem gegen denselben persönlich begründeten Schadensanspruche) haftet nur für die durch den Vergleich gewährten Rechte. Vgl. Anm. 4 zu § 179. Ist nach dem Akkorde nur ein Theil der Forderung und zwar in Terminsraten zu zahlen, so kann der Gläubiger gegen den G.Schuldner die ganze Forderung und auch sofort geltend machen; gegen den Bürgen aber nur nach dem Maße, der Höhe, und der Fristbestimmung der Verbürgung.

Der Anspruch gegen den G.Schuldner ist im ordentlichen Prozeßverfahren geltend zu machen. Die Form ist die der eigentlichen Klage, und zwar da der Rechtsgrund der Forderung des Gläubigers an den G.Schuldner stets sein ursprünglicher (befreit von dem unwirksamen Erlasse) bleibt, aus dem ursprünglichen Klagerechte. Gegen den Einwand aus dem Z.Vergleiche würde dann die Replik des (vom G.Schuldner oder von einem Dritten begangenen) Betruges zu erheben sein. Die Anfechtung besteht essentiell darin, daß der sonst dem Klageanspruche entgegenstehende Einwand beseitigt wird. Der Gläubiger kann jedoch auch die Entscheidung in Form einer Feststellungsklage (C.P.O. § 231) veranlassen. — Falls der G.Schuldner zahlen muß und zahlungsunfähig ist, kann nur ein neuer Konkurs beantragt werden, nicht eine Wiederaufnahme im Sinne des § 184.

5) Abs. 2 entspricht der C.P.O. § 545. Mot. 427. Die Anfechtung ist nicht zulässig, wenn der Anfechtende den Anfechtungsgrund schon während des Bestätigungsverfahrens kannte und also geltend machen konnte und ebenso, wenn er durch eigenes Verschulden, d. h. durch Vernachlässigung der von einem Betheiligten in solcher Lage zu erwartenden Sorgfalt sich in Unkenntniß über die Vorgänge bei der Zustandebringung des Z.Vergleichs erhielt und deshalb den Grund nicht schon während des Bestätigungsverfahrens erfuhr und vorbringen konnte. Die Anfechtung ist dann präkludirt. Das Verschulden des Vertreters des Gläubigers gilt als eigenes Verschulden des Letzteren nach C.P.O. § 210 Abs. 2. Auch dann, wenn der Gläubiger den Betrug zeitig genug erfuhr, um ihn vermittelst der Beschwerde geltend zu machen (§§ 173 Nr. 1, 174), ist eine spätere Anfechtungsklage ausgeschlossen, da die Beschwerdeinstanz einen Theil des Bestätigungsverfahrens bildet.

§ 183.

Die rechtskräftige Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts hebt für alle Gläubiger den durch den Zwangsvergleich begründeten Erlaß auf, unbeschadet der ihnen durch den Vergleich gewährten Rechte.[1)]

Auf Antrag eines Gläubigers kann das Konkursgericht Sicherheitsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner schon vor der rechtskräftigen Verurlung desselben anordnen.[2)]

E. I. 187. P. 202.

1) Die Wirkung einer rechtskräftigen Verurtheilung des G.Schuldners wegen betrüglichen Bankerutts, welche die Bestätigung des Vergleichs nach §§ 162, 172 Nr. 2

unzulässig gemacht hätte, wenn sie damals schon erfolgt oder bekannt gewesen wäre, ist „für alle Gläubiger" dieselbe, wie die des Betruges nach § 182 Abs. 1. Jeder K.Gläubiger hat, unabhängig vom gleichen Rechte der Anderen, ein entsprechendes Klagerecht hinsichtlich des Akkorderlasses für ihn. Die Anm. 2, 3, 4 zu § 182 sind auch für diesen Fall zutreffend. Der Unterschied der §§ 182, 183 in dem Ausdrucke der Wirkung: „Jeder Gläubiger kann anfechten" und die „Verurtheilung hebt auf" scheint für den Fall des § 183 eine noch größere Wirkung, entsprechend dem Unterschiede der §§ 6, 22, bezeichnen zu sollen. Man mag, dem absoluten Ausdruck des § 183 folgend, annehmen, daß durch denselben die Wirkung der Beseitigung des Erlasses eintritt, auch wenn sich der Gläubiger nicht darauf beruft und seine ursprüngliche Forderung einklagt. Indeß da der Erlaß „für" die Gläubiger aufgehoben wird, so wird er nicht ohne ihren Willen beseitigt und die Wirkung erfolgt nur ihnen, nicht Anderen gegenüber. Es besteht immerhin nur eine relative Unwirksamkeit, welche von Amtswegen nicht geltend gemacht werden kann. — Außer den jedem Gläubiger in Abs. 1 und 2 des § 183 verliehenen Rechten hat jeder Gläubiger auch das Recht, nach § 184 die Wiederaufnahme des Verfahrens zu beantragen.

2) Sicherheitsmaßregeln gemäß Abs. 2 im Falle einer Untersuchung wegen betrüglichen Bankerutts können, abweichend vom § 98, auch ohne gleichzeitigen oder vorgängigen Antrag auf K.Eröffnung angeordnet werden. Auch eines Arrestgrundes bedarf es dafür nicht. Er liegt darin, daß das Untersuchungsverfahren schwebt (vgl. § 162 Nr. 2), was vorausgesetzt ist. Das Erlassen der Anordnung ist indeß nur fakultativ („kann") und kann auch nur auf Antrag eines Gläubigers erfolgen. Der Gläubiger, dessen Antrag Voraussetzung des Abs. 2 ist, muß ein vom Vergleiche getroffener Gläubiger sein, da in dieser Beziehung kein Unterschied vom Abs. 1 gemacht ist, nicht ein neuer Gläubiger im Sinne des § 186 Abs. 2, welcher erst nach der Wiederaufnahme (§ 184) in Betracht kommt. Die Anordnungen können gemäß Abs. 2 auch nicht andere als beantragte Sicherungsmaßregeln betreffen; dagegen ist der Gläubiger nicht darauf beschränkt, nur für seine Ansprüche Sicherung zu beantragen. Er hat durch Abs. 2 die Legitimation auch zum Antrage auf Sicherheitsmaßregeln für alle Gläubiger erhalten, zumal da seine eigene Sicherung oft nur durch eine allgemeine Sicherung zu erreichen ist und er sonst die Konkurrenz anderer Gläubiger zu besorgen hat. Andererseits können auch allgemeine Maßregeln nur auf Antrag erlassen werden. (A.M. v. Sarwey S. 691.) Ueber die Arten der Sicherheitsmaßregeln, wozu auch ein allgemeines Veräußerungsgebot gehören kann, über die Wirkungen derselben und über die Zulässigkeit der Beschwerde gilt das zu § 98 Bemerkte. — Erfolgt nach Erlaß der Maßregeln eine rechtskräftige Verurtheilung bez. die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 184 nicht, so kann die Beseitigung der Maßregeln veranlaßt werden; für das Verfahren sind C.P.O. §§ 807, 815 entsprechend anwendbar.

§ 184.

Im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung wird, wenn genügende Masse vorhanden ist, das Konkursverfahren auf Antrag eines Konkursgläubigers wieder aufgenommen.[1)]

Die Wiederaufnahme erfolgt durch Beschluß des Gerichts. Auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme und die Bekanntmachung derselben finden die Vorschriften der §§ 100, 103, 104, 106 entsprechende Anwendung.[2)]

E. I. 188. P. 202. 206. ff.

1) Im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung des G.Schuldners wegen betrüglichen Bankerutts (wie aus § 183 zu ergänzen ist) muß auf Antrag eines K.Gläubigers die

Wiederaufnahme des K.Verfahrens erfolgen, „wird aufgenommen." Sie ist nicht vom Ermessen des Gerichts abhängig, und es ist nicht nochmals die zeitige Zahlungsunfähigkeit des G.Schuldners zu untersuchen. Dagegen erfolgt (abweichend von P. § 202) keine Wiederaufnahme von Amtswegen; der Antrag eines K.Gläubigers ist nöthig und auch dann wird eine genügende Masse (im Sinne des § 99) erfordert. Antragsberechtigt ist nur ein alter K.Gläubiger, da es sich um die Aufnahme des alten Verfahrens handelt und die neuen Gläubiger nach § 186 Abs. 2 erst an dem Verfahren nach dessen Wiederaufnahme Theil nehmen. Das frühere K.Gericht bleibt zuständig, um „wieder" aufzunehmen. Ueber den Antrag ist nach §§ 95, 97, jedoch ohne nochmalige Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, zu verhandeln.

Das K.Verfahren umfaßt, dem § 1 in Verbindung mit dem im Abs. 2 angezogenen § 100 entsprechend, das Vermögen, welches dem G.Schuldner zur Zeit der Wiederaufnahme gehört, nicht bloß das Vermögen zur Zeit des früheren Konkurses. Der gleichen Bedeutung des Wiedereröffnungsbeschlusses gemäß §§ 2, 100 entsprechend, nehmen auch die neuen Gläubiger § 186 Abs. 2 Theil. Im Gesetze hat dies durch die Bezugnahme auf § 100 im Abs. 2 genügenden Ausdruck erhalten. Nach Hullmanns zutreffender Bemerkung S. 335 sind in das Gesetz die Bestimmungen der §§ 184 ff. aus dem Entw. I. herübergenommen, welcher auch das nach der K.Eröffnung dem G.Schuldner erworbene Vermögen noch zur K.Masse rechnete.

Der Inhalt der Rechte der früheren K.Gläubiger in dem wieder aufgenommenen K.Verfahren ist der im § 183 Abs. 1 angegebene. Vgl. § 186 Abs. 1. Der Akkord wird nicht nichtig; jeder Gläubiger kann die Akkordrechte geltend machen und ist an dem Akkorderlaß nicht gebunden. Er hat nur seine Rechte gegen den G.Schuldner nach Wiederaufnahme des Konkurses nicht durch besondere Klage, sondern im K.Verfahren (§ 10) geltend zu machen. Der Anspruch gegen einen Bürgen und die Form seiner Geltendmachung wird durch den aufgenommenen Konkurs gegen den G.Schuldner nicht berührt.

2) Abs. 2. Die Formen und Wirkungen der erneuerten K.Eröffnung sind entsprechend denen der früheren; auch § 98 ist entsprechend anwendbar; vgl. § 183 Abs. 2. Wegen der Kosten vgl. Ger.-Kost.-Ges. §§ 8, 58 Nr. 1, 95 Abs. 1.

§ 185.

Für die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkursverfahrens vorgenommen sind, sowie für die in diesem Zeitraume entstandenen Aufrechnungsbefugnisse gilt, wenn nicht inzwischen eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten die Verurtheilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urtheils.[1])

E. I. 189. P. 207.

1) Die Rechtshandlungen des G.Schuldners, welche er in der Zeit von der K.Aufhebung (vgl. §§ 175, 177) bis zur Wiederaufnahme vorgenommen hat, werden auch durch letztere nicht an sich rechtsungültig, sondern nur nach §§ 22—34 anfechtbar. Hierfür tritt der Zeitpunkt der Wiederaufnahme (§ 184 Abs. 2) bez. der Antrag darauf an die Stelle der K.Eröffnung bez. des darauf gerichteten Antrags. Als Zahlungseinstellung gilt kraft Gesetzes der Tag des ersten verurtheilenden Erkenntnisses; es kann jedoch auch ein früherer Zeitpunkt einer nach der K.Aufhebung erfolgten Zahlungseinstellung behauptet und nachgewiesen werden. Anm. 2 zu I. Tit. 3. Dieselben Vorschriften gelten für die in derselben Zwischenzeit entstandenen Aufrechnungsbefugnisse. §§ 48 Nr. 3, 49.

§ 186.

An dem aufgenommenen Verfahren nehmen die Gläubiger, für und gegen welche der Vergleich wirksam war, mit dem noch nicht getilgten Betrage ihrer ursprünglichen Forderungen Theil.[1)]

Die neuen Gläubiger des Gemeinschuldners sind zur Theilnahme an dem Verfahren berechtigt. Dieselben haben keinen Anspruch auf Befriedigung aus einer für die Erfüllung des Zwangsvergleichs bestellten Sicherheit.[2)]

E. I. 190. P. 206. 208.

1) Die Gläubiger des früheren Konkurses sind in dem aufgenommenen Konkurse in Konsequenz des in den §§ 182, 183 geltend gemachten Grundsatzes K.Gläubiger für den vollen Betrag, soweit derselbe nicht inzwischen getilgt ist (§ 187 Abs. 2); abweichend von der P.K.O. v. 1855 und von dem preuß. Ges. v. 12. März 1869 § 208. Sie brauchen erhaltene Zahlungen nicht zurückzugewähren. Sie sind auch, wenn sie damit die vollen Akkordbeträge erhalten haben, dadurch nicht befriedigt entsprechend dem § 183 Abs. 1, und haben dieselben nicht anders als auf die vollen ursprünglichen Forderungsbeträge anzunehmen, also auch nicht nach § 208 Abs. 3, Ges. v. 12. März 1869, zu konferiren.

Die Massegläubiger des früheren Konkurses können zur Erfüllung der ihnen nach § 176 zustehenden Rechte auch in dem wieder aufgenommenen Verfahren ihre Befriedigung aus der Masse vorweg fordern. Die bevorrechtigten Gläubiger behalten ihre Vorrechte auch in dem wieder aufgenommenen Verfahren, soweit sie noch nicht befriedigt sind. Ist ihnen nach § 176 Abs. 2 Sicherheit geleistet, so sind sie in Betreff der hierzu dienenden Massegegenstände Absonderungsberechtigte. Vgl. Abs. 2 Satz 2.

2) Sofern den Akkordgläubigern außerhalb des Vermögens des G.Schuldners durch Bürgschaft bez. Mithaftung Anderer Sicherheit geleistet ist, wird dies Verhältniß durch den aufgenommenen Konkurs nicht berührt. Der § 61 ist anwendbar. Falls den Akkordgläubigern mit Vermögensobjekten des G.Schuldners für den Akkord Sicherheit bestellt war, haben sie insoweit die Rechte aller Pfand- bez. Absonderungsberechtigten nach §§ 39 ff. und E.G. §§ 15—17, namentlich auch den neuen Gläubigern gegenüber.

Neue Gläubiger im Sinne des Abs. 2 sind alle, welche nach dem Zeitpunkte der Eröffnung des früheren Konkurses (vgl. § 2) während desselben oder nach dessen Aufhebung bis zur Wiederaufnahme gemäß §§ 184 Abs. 2, 100 Gläubiger des G.Schuldners im Sinne des § 2 geworden sind.

§ 187.

Das Verfahren ist soweit als nöthig zu wiederholen.[1)]

Früher geprüfte Forderungen werden nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung von neuem geprüft.[2)]

E. I. 191. P. 206.

1) Abs. 1 enthält den Grundsatz für das Verfahren nach der Wiederaufnahme; es ist nur „soweit als nöthig" zu wiederholen. In Betreff der Organe der Verwaltung bez. der Gläubiger richtet es sich nach den zur Zeit der Wiederaufnahme obwaltenden konkreten Verhältnissen, ob und wieweit eine Wiederholung des Verfahrens nöthig wird. Der frühere Verwalter, der bisherige Gläubigerausschuß treten wieder in Kraft, soweit sie zu haben sind und für das wieder aufgenommene Verfahren sachgemäß fungiren können; es bedarf dann keiner neuen Ernennung oder Wahl eines Verwalters und keines neuen G.Ausschusses. Dem K.Gericht ist andererseits auch nicht untersagt, je nachdem

er dies „nöthig" findet, gemäß § 79 Abs. 1 einen provisorischen G.Ausschuß zu bestellen, zumal wenn der frühere nach Todesfällen, Wechsel des Wohnsitzes u. s. w. nicht mehr fungiren kann. — Stets nöthig sind von Neuem der Erlaß des offenen Arrestes, die Bestimmung der Anmeldefrist und des allgemeinen Prüfungstermins, weil diese Anordnungen neue richterliche Zeitbestimmungen erfordern. Die Vorschriften der §§ 107 bis 125 über die Theilungsmasse und der §§ 137—159 über das Vertheilungsverfahren werden wieder anwendbar. Hinsichtlich der Anmeldung und Prüfung vgl. Anm. 2. Der Konkurs kann nur durch Schlußvertheilung oder Einstellung beendigt werden; ein Akkord kann nach § 162 nicht wieder geschlossen werden.

2) Dem Grundsatze des Abs. 1 entsprechend ist zwar hinsichtlich der neuen Gläubiger das gesammte Anmeldungs- und Prüfungsverfahren zu wiederholen. Dagegen bedarf es nach demselben Grundsatze des Abs. 1 nicht einer nochmaligen Anmeldung der früher bereits angemeldeten Forderungen; die abweichende Ansicht der ersten Auflage dieses Werkes kann nicht aufrecht erhalten werden, da Abs. 2 nicht eine selbständige, für sich allein auszulegende Bestimmung, und nicht eine Abweichung von der Regel des Abs. 1, sondern eine Anwendung derselben vorschreibt. — Ob dieselbe Tabelle beizubehalten und durch Nachtragung der neuen Anmeldungen fortzuführen ist, oder ob eine neue Tabelle anzulegen ist, in welche die früheren Anmeldungen zunächst zu übertragen sind, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage.

Die Prüfung muß in Betreff aller K.Forderungen erfolgen; die neu angemeldeten und die während des früheren Konkurses angemeldeten, aber noch nicht geprüften sind vollständig nach §§ 129—134 zu prüfen. In Betreff der früher geprüften Forderung ist eine Wiederholung der Prüfung darüber, ob und von wem (Verwalter, Gläubiger, G.Schuldner) die Forderung bestritten wird, nach Abs. 1 nicht nöthig und nach Abs. 2 nicht zulässig. Abs. 2 hat die Bedeutung, daß das Resultat der früheren Prüfung (Feststellung bez. Bestreitung) auch für den aufgenommenen Konkurs maßgebend bleibt, und daß in Betreff derselben nur noch vom Verwalter, von jedem K.Gläubiger und rücksichtlich der Wirkung des § 152 vom G.Schuldner Beträge mit der Behauptung, daß sie inzwischen getilgt seien, bestritten werden können. Hinsichtlich der Verfolgung der Feststellung solcher bestrittener Posten bleibt § 134 maßgebend. Soweit eine Forderung früher festgestellt war, und jetzt eine (gänzliche oder theilweise) Tilgung behauptet wird, hat in Folge der judikatmäßigen Wirkung der Feststellung (§§ 133 Abs. 2, 135, 179) der Widersprechende nach § 134 Abs. 6 seinen Widerspruch zu verfolgen. Gemäß den allgemeinen Grundsätzen hat auch der Bestreitende die Beweislast für die von ihm behauptete Tilgung.

Siebenter Titel.

Einstellung des Verfahrens.

1) Zu den beiden „ordentlichen" Arten der Erledigung eines K.Verfahrens durch Vertheilung oder Akkord sind noch als außerordentliche die Fälle der „Einstellung" wegen allgemeiner Einwilligung der vorhandenen Gläubiger (§ 188, 189) und wegen ungenügender Masse (§ 190) gesellt. Für beide Fälle enthalten die §§ 191, 192 allgemeine Vorschriften. Zu der Einstellung wegen Zustimmung der vorhandenen Gläubiger gehört auch die Beendigung des Konkurses, wenn alle K.Gläubiger befriedigt sind; vgl. Anm. 3 zu § 188.

2) Im E. I. §§ 204—212 (vgl. P. §§ 310—318) sollte auch ein Verfahren bestimmt werden, um durch einen Gerichtsbeschluß die Beschränkungen, welche das K.Verfahren für den G.Schuldner in der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge

hat, im Wege einer „Wiedereinsetzung" zu beseitigen. Die K.O. hat jedoch den Einfluß sowohl der K.Eröffnung als auch der K.Aufhebung auf die bürgerlichen, politischen und Ehrenrechte nicht in den Bereich seiner besonderen Bestimmungen gezogen, und auch von einem Verfahren zum Zwecke einer desfallsigen Rehabilitation Abstand genommen. Durch § 20 sind die reichs- und landesgesetzlichen besonderen Bestimmungen über die Wirkung der K.Eröffnung in diesen Beziehungen aufrecht erhalten. Vgl. Anm. 1 zu § 20. Reichsgesetzlich sind G.Schuldner durch das Wahlgesetz zum Reichstage vom 31. Mai 1869 §§ 3 Nr. 2, 4 vom Wählen und von der Wählbarkeit für den Reichstag, durch die Gewerbeordn. v. 21. Juni 1869 §§ 83, 86 vom Eintritte in eine Innung bez. von der Ausübung des Stimmrechts und der Ehrenrechte darin, durch G.V. §§ 32 Nr. 3, 85 u. Ges. v. 27. Juli 1877 betr. Seeunfälle, als „Personen, welche in Folge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind" vom Amte der Schöffen und Geschworenen, sowie vom Amte des Beisitzers eines Seeamts, und durch G.V. § 113 Abs. 2 von der Ernennung zu Handelsrichtern ausgeschlossen; ferner durch die Rechtsanw.-Ordn. v. 1. Juli 1878 §§ 5 Nr. 3, 22, 43 Nr. 1 von der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und der Wählbarkeit zum Vorstandsmitgliede einer Anwaltskammer, unter fakultativer Befugniß der Landesjustizverwaltung, eine bereits früher erfolgte Zulassung zurückzunehmen. Diese Beschränkungen erreichen mit der Aufhebung des Konkurses ihr Ende. Landesgesetzlich ist vielfach den G.-Schuldnern das Recht, zu Vertretungen für Gemeinden, Kreise u. s. w. gewählt zu werden oder zu wählen, das Bürgerrecht, die Funktionen als Mitglieder von Handelskammern, als Makler, Verwalter, Vormünder, Vertreter von Handelsgerichten, der Besuch der Börse u. s. w. entzogen. Die Regulirung dieser Verhältnisse bleibt den Landesgesetzgebungen überlassen. Für Preußen vgl. Vorm.-Ordn, v. 5. Juli 1875 §§ 21 Nr. 4, 72; Kreisordn. v. 13. Dezember 1872 §§ 34, 96 Abs. 2, 98, 106, 131; Provinz.-O. v. 29. Juni 1875 §§ 18, 19, 47 Abs. 4, 62 Abs. 2, 67; Ges. v. 3. Juli 1875 über Verwaltungsgerichte § 9 Nr. 2; Hohenzoll. Amts- u. Landesordn. v. 2. April 1873 §§ 18, 41, 59; Kirchengemeinde-Ordn. der 6 östl. Prov. v. 10. Sept. 1873 §§ 34 Nr. 2, 35; Ges. v. 20. Juni 1875 über Vermög.-Verwalt. in kathol. Kirchengem. §§ 26 Nr. 2, 27; Evang. Kirch.-Gem.-O. f. Schleswig-Holstein v. 4. Nov. 1876 §§ 9 Nr. 4, 10, 23 Abs. 2; Kirch.-Gem.-O. f. d. Konsist. zu Wiesbaden v. 4. Juli 1877 § 35 Nr. 3; Schiedsmannsordn. vom 29. März 1879 § 1; — K.O. v. 8. Mai 1855 § 310; E.G. z. H.G. Art. 9 § 1 u. E.G. v. 5. Juli 1867 § 25; ferner die verschiedenen Städte- und Gemeinde-Ordnungen: Städte-Ordn. f. d. östl. Prov. v. 30. Mai 1853 Nr. 7 Abs. 5; Gem.-Verf. f. Frankfurt a. M. v. 25. März 1867 § 19 Nr. 3; Städte-Verf. in Schleswig-Holstein vom 14. April 1869 § 12 Nr. 2; Städte-Ordn. f. Westphalen vom 19. März 1856 § 7 Abs. 2; f. Rheinprovinz v. 15. Mai 1856 § 7 Abs. 3; Landgem.-O. f. Westphalen vom 19. März 1856 § 22 Nr. 4; f. Rheinprovinz v. 15. Mai 1856 Art. 12; Gem.-Ordn. v. Kurhessen vom 23. Oktober 1834 §§ 26, 27 Abs. 3; Gem.-O. f. Hohenz.-Hechingen vom 19. Okt. 1833 §§ 9, 45, 65; Kommunalständ. Verf. im Reg.-Bez. Kassel v. 20. Sept. 1867 § 11; Nassau Verordn. v. 26. Juli 1854 §§ 6, 9 verb. mit Wahlges. v. 12. Aug. 1854 § 2; Großherz. Hess. Ges. v. 8. Jan. 1852 Art. 11, 17 verb. mit Verf.-Urk. vom 17. Dezbr. 1820 Art. 16 Nr. 2. Im preuß. Ausf.-Ges. vom 6. März 1879 §§ 51—53 ist bestimmt:

> „§ 51. Die gesetzlichen Bestimmungen, nach welchen die Zahlungsunfähigkeit oder die Zahlungseinstellung eine Beschränkung des G.Schuldners in der Ausübung eines auf das Vermögen sich nicht beziehenden Rechts zur Folge hat, werden dahin abgeändert, daß die Beschränkung nur im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens eintritt."

„§ 52. Die Beschränkungen, welche nach gesetzlichen Bestimmungen das K.-Verfahren oder das bisherige Fallimentsverfahren für den G.Schuldner in der Ausübung eines auf das Vermögen sich nicht beziehenden Rechts zur Folge hat, fallen mit der Beendigung des Verfahrens weg."

„§ 53. Die Vorschriften der §§ 51, 52 finden auf die Fälle, in welchen die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung oder die Eröffnung des Konkurs- oder Fallimentsverfahrens vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes stattgefunden hat, mit der Maßgabe Anwendung, daß, wenn das Konkurs- oder Fallimentsverfahren vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes entweder nicht eröffnet oder beendigt ist, die Beschränkungen mit diesem Tage wegfallen."

Während hiernach für die gesetzlichen Beschränkungen in Uebereinstimmung mit den obigen gesetzlichen Bestimmungen Anfang und Ende mit dem Konkursverfahren selbst zusammenfallen, können die ähnlichen Beschränkungen, welche in staatlich genehmigten Statuten angeordnet sind, noch nach der Konkursbeendigung fortdauern. Der Entw. z. Ausf.-Ges. wollte in gleicher Weise, wie in den §§ 51—53 „die gesetzlichen Bestimmungen", neben denselben auch die „Bestimmungen staatlich genehmigter Statuten" (Börsenordnungen u. s. w.) treffen. Diese Zusätze wurden jedoch vom Abgeordn.-Hause gestrichen, da es nicht im öffentlichen Interesse läge, auf eine laxere Auffassung für kaufmännische Korporationen hinzudrängen.

Für Elsaß-Lothringen vgl. § 31 Ausf.-Ges. v. 8. Juli 1879 und Anm. 13 dazu in der v. Möller'schen Samml. D. S. 99.

Ueber den Einfluß der K.Eröffnung und der K.Aufhebung auf die civilrechtlichen Folgen für die Befugniß zur Verwaltung des Vermögens der Ehefrau des G.Schuldners und seiner Kinder vgl. Anm. 1 u. 2, E.G. zu § 20.

---

§ 188.

Das Konkursverfahren ist auf Antrag des Gemeinschuldners einzustellen,[1] wenn er nach dem Ablaufe der Anmeldefrist[2] die Zustimmung[3] aller Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, beibringt. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen angemeldet, aber nicht festgestellt sind, entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen.[4]

Das Verfahren kann auf Antrag des Gemeinschuldners vor dem Ablaufe der Anmeldefrist eingestellt werden, wenn außer den Gläubigern, deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, andere Gläubiger nicht bekannt sind.[5]

E. I. 192. P. 210.

1) Nöthig ist stets a. ein Antrag des G.Schuldners, dessen Sache es ist, die Zustimmung der Gläubiger zu beschaffen, ferner b. die Zustimmung der vorhandenen Gläubiger, und zwar da es sich um die Beendigung des Konkursverfahrens handelt, nur der Gläubiger, welche Forderungen im Konkurse verfolgen können, also ausschließlich der im § 56 bezeichneten Forderungen. „Im Prinzipe nimmt der Entw. (§ 188) an, daß die Einstellung zu jeder Zeit erfolgen, daß aber die Einwilligung aller vorhandenen K.Gläubiger dazu erbracht sein müsse." Mot. 436. In Betreff des Kreises der vorhandenen Gläubiger wird indeß für die Anwendung des Prinzips unterschieden, ob die „Einstellung" nach oder vor dem Ablaufe der Anmeldefrist erfolgen soll. Soll die Einstellung nach dem Ablaufe der Anmeldungsfrist erfolgen, so ist die

Zustimmung für alle angemeldeten K.Forderungen nöthig (Satz 1) und zwar für alle, welche bis zum Ablaufe der Widerspruchsfrist des § 189 angemeldet sind, § 189 Abs. 1, mit der Maßgabe, daß entscheidend nur die Zustimmung für diejenigen Forderungen ist, welche durch Feststellung oder sonst nach dem Ermessen des Gerichts als K.-Forderungen sich ausgewiesen haben. Unbedingt ist die Zustimmung für alle festgestellten Forderungen nöthig; sie sind in Folge der Feststellung jedenfalls als vorhandene Gläubiger zu berücksichtigen. Inwieweit die nicht festgestellten Forderungen als wirkliche Forderungen zu berücksichtigen und die Zustimmung (oder Sicherstellung) für dieselben nöthig ist, unterliegt dem Ermessen des Gerichts; vgl. über diese Bedeutung des zweiten Satzes des Abs. 1 nachst. Anm. 4.

Vor dem Ablaufe der Anmeldefrist kann die Einstellung erfolgen, wenn die Zustimmung aller bekannten Gläubiger beigebracht wird, Abs. 2. Entscheidend ist, welche Gläubiger zur Zeit des Einstellungsbeschlusses als vorhanden dem Gerichte bekannt sind.

In jedem Falle ist die Einstellung erst zu beschließen, nachdem der Antrag öffentlich bekannt gemacht und eine gesetzliche Widerspruchsfrist von einer Woche abgelaufen ist. § 189. Der G.Schuldner hat, sofern er die Zustimmung der vorstehend bezeichneten Gläubiger beibringt, ein Recht, die Einstellung des Verfahrens zu verlangen. Für den Fall des Abs. 1 ist dies deutlich gesagt: das K.Verfahren „ist einzustellen." Auch für den Fall des Abs. 2 soll der Ausdruck: „kann eingestellt werden" nach den in den Mot. des Entw. I. Bd. 2 S. 180, sowie in den Mot. S. 436 aufgestellten Prinzipien nur die Bedeutung haben, daß es dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, ob es noch andere Gläubiger als bekannt annehmen und in dieser Beziehung die Einstellung zur Zeit noch als ungenügend motivirt ablehnen will, nicht aber, daß, auch wenn alle bekannten Gläubiger zugestimmt haben, die Einstellung abgelehnt werden könne. Hullmann S. 339.

2) Der Abs. 1 ist in allen Fällen anwendbar, wenn nicht schon vor dem Ablaufe der Anmeldefrist das Verfahren gemäß Abs. 2 eingestellt worden ist; also auch dann, wenn der Antrag des G.Schuldners zwar schon vorher gestellt, indeß die Anmeldefrist inzwischen abgelaufen war, ehe die Einstellung erfolgte. Dies geht aus Abs. 2 hervor. In jedem späteren Zeitpunkte kann die Einstellung auf Grund des § 188 erfolgen.

3) Eine besondere Form und eine Beglaubigung der Zustimmungserklärungen sind nicht vorgeschrieben. Mot. 437. Im E. I. § 192 war eine Zustimmung „in beglaubigter Form" verlangt; dies Erforderniß ist von der Vork. gestrichen. Dem allgemeinen Grundsatze der freien richterlichen Beweiswürdigung für alles Thatsächliche entsprechend (C.P.O. § 259) genügt es daher, wenn das Gericht beim Einstellungsbeschlusse von der Zustimmung überzeugt ist. Die thatsächliche Prüfung, ob die gesetzlich nöthigen Zustimmungen ertheilt sind, ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Amtspflicht des K.Gerichts, von welcher es durch das Gesetz nicht entbunden ist, um erwägend über die Einstellung zu beschließen, § 189 Abs. 2. Die Beseitigung der Vorschrift, daß nicht immer eine beglaubigte Form nöthig sei, hat nicht die Bedeutung, daß das Gericht jede produzirte Schrift als authentisch annehmen müsse; es kann sie als genügend ansehen.

Die Erklärung selbst muß unbedingt die Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens aussprechen. Die Hinzufügung eines Grundes, weil der Gläubiger gestundet habe, anderweit gesichert sei u. s. w., ist nicht nöthig. Die Erklärung eines Gläubigers, daß er befriedigt sei, ist in Wahrheit ein Beweismittel dafür, daß er nicht mehr Gläubiger ist und erübrigt deshalb seine Zustimmung. Er ist nicht mehr berechtigt und befähigt, eine Zustimmung zu geben, nachdem er in Folge der Befriedigung kein Interesse mehr

hat. Der praktische Erfolg ist natürlich derselbe, falls die Zustimmungen der übrigen noch wirklichen Gläubiger beigebracht werden; ebenso wenn sämmtliche K.Gläubiger, deren Zustimmung nach § 188 nöthig ist, befriedigt sind. Zweck, Grund und Begriff der K.Masse und der Thätigkeit des Verwalters für eine solche hören auf, wenn alle K.Gläubiger befriedigt sind. Die Befriedigung ist für den Zweck der Einstellung rechtlich gleichbedeutend mit dem Verzichte auf Fortsetzung des K.Verfahrens.

4) Mit Rücksicht auf die Einschränkung, welche der erste Satz des Abs. 1 durch den zweiten Satz erfährt, bleibt nur die Zustimmung für die festgestellten Forderungen unbedingt nöthig. Die Bedeutung des zweiten Satzes ist indeß nur, daß es dem Ermessen des Gerichts unterliegen soll, ob der Gläubiger einer nicht festgestellten angemeldeten Forderung, deren Bestehen dem Gerichte nicht nachgewiesen ist, für das Einstellungsverfahren als Gläubiger anzusehen ist, und ob also dem Prinzipe gemäß (Anm. 1 und Abs. 2) seine Zustimmung oder Sicherung für erforderlich zu erachten ist. Dagegen soll das Gericht nicht sagen können: es habe sich allerdings überzeugt, daß die Forderung, wenngleich noch nicht geprüft oder streitig, in der That bestehe; aber das Gericht bestimme nach seinem Ermessen, daß auf dieselbe keine Rücksicht zu nehmen sei, weil sie etwa zu unbedeutend sei oder wohl keinen Nachtheil leiden werde. Nimmt das Gericht die Forderung für bestehend und nachgewiesen an, so muß es für dieselbe Zustimmung oder Sicherung fordern. Eine andere Auslegung würde dem Grundgedanken, welcher in den Mot. (Anm. 1) und für den Fall der Einstellung vor Ablauf der Anmeldefrist im Abs. 2 deutlicher ausgesprochen ist, widersprechen. — Im E. I., welcher für die bei der Prüfung streitig gebliebenen Forderungen eine „vorläufige Zulassung" behufs der Stimmberechtigung (nach desfallsiger Verhandlung der „Parteien" und „im Falle eines Widerspruchs" nach der Entscheidung des Gerichts hierüber) gestattete (E. I. §§ 142, 92), waren jene Grundsätze präziser im § 192 dahin ausgedrückt: „der G.Schuldner kann die Aufhebung des Verfahrens beantragen, wenn er die Zustimmung aller vorhandenen Gemeingläubiger in beglaubigter Form beibringt. Nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins ist nur die Zustimmung derjenigen Gläubiger erforderlich, deren Forderungen festgestellt oder vorläufig zugelassen sind." Nachdem an die Stelle der vorläufigen Zulassung die Bestimmungen des § 87 getreten sind, ist der § 192 des E. I. durch den jetzigen § 188 ersetzt. Daß es dabei nicht der souveränen Willkür des Gerichts überlassen sein sollte, auch Forderungen nicht zu berücksichtigen, welche es als nachgewiesen erachtete, ist um so weniger anzunehmen, als auch die Mot. zum E. die Zustimmung aller vorhandenen Gläubiger im Prinzipe erfordern und andernfalls das Recht des Gläubigers zum Antrage auf K.Eröffnung (§§ 97 ff.) und sein „K.-Anspruch" (Anm. zu I. Tit. 1) direkt verletzt würden. In Betreff der Beschwerde-Instanz s. Anm. 2 zu § 189. Hinsichtlich der Ersetzung der Zustimmung durch Sicherstellung vgl. Anm. 1 zu § 189.

5) Abs. 2. Die Einstellung vor Ablauf der Anmeldelbefrist erfordert die Zustimmung aller bekannten Gläubiger, d. h. aller zur Zeit des Einstellungsbeschlusses bekannten. Wer dazu gehört, entscheidet das Gericht unter Berücksichtigung des G.Verzeichnisses (§ 96 Abs. 2), der Bücher und Skripturen des G.Schuldners, der Anmeldungen und der nach § 189 vor dem Beschlusse nothwendigen Verhandlung. Mot. 436. Ueber die Bedeutung des „kann" im Abs. 2 und das Recht des G.Schuldners auf Einstellung vgl. Anm. 1.

§ 189.

Der Antrag ist öffentlich bekannt zu machen und mit den zustimmenden Erklärungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Konkursgläubiger niederzulegen. Die Konkursgläubiger können binnen einer mit der

öffentlichen Bekanntmachung beginnenden Frist von einer Woche Widerspruch gegen den Antrag erheben. Im Falle des § 188 Abs. 1 steht der Widerspruch jedem Gläubiger zu, welcher bis zum Ablaufe der Frist eine Forderung angemeldet hat.[1]

Das Gericht beschließt über die Einstellung nach Anhörung des Gemeinschuldners und des Verwalters. Im Falle eines Widerspruchs ist auch der widersprechende Gläubiger zu hören.[2]

E. I. 193—195. P. 210.

1) Verfügung auf den Einstellungsantrag: Bekanntmachung. Da die K.O. nicht eine mündliche Verhandlung im Sinne der C.P.O. § 119 kennt, so führt die entsprechende Anwendung der C.P.O. nicht dazu, daß der Antrag des G.Schuldners auf Einstellung nicht per decretum zurückgewiesen werden könnte, wenn er unbegründet und offenbar nicht mit den erforderlichen Zustimmungserklärungen unterstützt wäre. Als „Antrag", für welchen die öffentliche Bekanntmachung im Abs. 1 angeordnet wird, ist ein Antrag vorausgesetzt, wie ihn § 188 bezeichnet, also ein unter Beibringung der erforderlichen Zustimmungserklärungen unterstützter. Andernfalls ist die Zurückweisung auch ohne die im § 189 vorgeschriebene Bekanntmachung nach § 66 zulässig; dem G.Schuldner steht dagegen die Beschwerde zu. — Dagegen darf die Einstellung nicht angeordnet werden, bevor die Bekanntmachung erfolgt und dadurch den Gläubigern Gelegenheit gegeben ist, sich zu erklären, zu widersprechen und gehört zu werden. Dies erhellt aus Abs. 2 Satz 2. Erst nach dem Ablaufe der Widerspruchsfrist, (welche gleich der Frist des § 40 nach § 68 Abs. 1 und C.P.O. § 200 zu berechnen und nach C.P.O. § 202 Abs. 2 als gesetzliche Frist nicht zu verlängern ist) darf über die Einstellung beschlossen werden.

Zum Widerspruche gegen die Einstellung ist jeder K.Gläubiger berechtigt, dessen Zustimmung nöthig wäre, um den Einstellungserfordernissen des § 188 zu genügen; also für eine Einstellung vor dem Ablaufe der Anmeldefrist, § 188 Abs. 2, Jeder, welcher sich als ein entweder schon früher oder wenigstens nunmehr bekannter Gläubiger ausweist; und für eine Einstellung nach dem Ablaufe der Anmeldefrist jeder Gläubiger, welcher bis zum Ablaufe der Widerspruchsfrist eine Forderung angemeldet hat. Die Prüfung der Gläubiger-Qualität gemäß den in Anm. 1 zu § 188 aufgestellten Grundsätzen verbleibt dem Gerichte. Der natürlichste Grund zum Widerspruche besteht darin, daß der widersprechende Gläubiger selbst der Einstellung nicht zustimmt, obgleich seine Zustimmung nöthig ist. Zulässig ist dabei ein Widerruf der eigenen, früher ertheilten Zustimmung, sofern diese in Folge von Irrthum oder aus sonstigen Gründen als rechtsunverbindlich nachgewiesen werden kann; ebenso das Bestreiten der Authentizität einer angeblich vom Widersprechenden herrührenden Zustimmungserklärung. Zulässig ist auch das Berufen auf die fehlende Zustimmung anderer Gläubiger; dem Einwande: dies sei exc. de jure tertii und der Gegner dürfe nur aus eigenem Rechte widersprechen, steht die Pflicht richterlicher Offizialprüfung entgegen, welche bei Aufhebung wie bei Eröffnung des Konkurses im Interesse abwesender und unbekannter Gläubiger dem K.Gerichte gegeben ist. Für alle Fragen darüber, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Einstellung vorliegen, hat das K.Gericht die Sachlage von Amtswegen zu prüfen. Insofern ist auch die Frist nicht in dem Sinne präklusivisch, daß nicht noch später ein Gläubiger Mängel hinsichtlich der nöthigen Zustimmungen anregen kann. Das Recht, Widerspruch zu erheben, hat sachgemäß nicht schon die Folge, daß die bloße Thatsache des Widerspruchs zur Beseitigung des Antrags genügte. Der Satz 3 Abs. 1 hat vielmehr die Bedeutung, den Kreis derjenigen, deren Zustimmung nöthig ist, durch eine hierfür präklusivische Frist abzuschließen. Daß indeß außer der Prüfung, ob die zu Berücksichtigenden zuge-

stimmt haben, im Falle des Widerspruchs auch eine Prüfung des Gerichts darüber eintreten solle, ob die Einstellung den Interessen der Gläubiger nachtheilig sei, wie v. Sarwey S. 702, 703 meint, ist im Gesetze nicht angedeutet und widerspricht den Motiven, sowie der grundsätzlichen Fernhaltung des K.Gerichts von der Prüfung der Interessen, die besonderen Ausnahmen der §§ 91, 123, 173 abgerechnet.

„Selbstverständlich bleibt es, daß die fehlende Zustimmung einzelner Widerspruchsberechtigter durch Hinterlegung oder Sicherstellung des vollen Betrages ihrer Forderung ersetzt werden kann." Mot. 436. In der That kann ein Gläubiger nur Befriedigung seiner Forderung verlangen und wie seine Zustimmung durch die Bezahlung der Forderung erübrigt wird, so ist sie selbst für festgestellte Forderungen zwar nicht durch Sicherstellung, aber durch befreiende Hinterlegung (A.L.R. I. 16 § 213 ff.) zu ersetzen. Daß für die noch nicht festgestellten Forderungen die Sicherung ein zulässiger Ersatz für die Zustimmung ist, wird im § 188 Abs. 1 Satz 2 bestätigt. Das Widerspruchsrecht des gesicherten Gläubigers, insbesondere auch rücksichtlich der Frage der Sicherung (bez. Hinterlegung) selbst, bleibt bestehen. Hullmann S. 239, Anm. 6; Stieglitz S. 672; a.M. v. Völderndorff II. S. 553. Folgerichtig kann auch schon bei Stellung des Antrags die Beibringung einzelner Zustimmungen durch Hinterlegung bez. Sicherstellung in vorgedachter Weise ersetzt werden, ein Mittel, was gegenüber entfernt wohnenden Gläubigern mitunter rathsam ist.

2) Abs. 2. Verfahren nach der Bekanntmachung. Für die Form des Widerspruchs gelten die allgemeinen Bestimmungen des amtsgerichtlichen K.Verfahrens: schriftliche Einreichung beim Gerichte oder Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers, C.P.O. §§ 462, 457. Das „Anhören" des G.Schuldners, des Verwalters und der widersprechenden Gläubiger kann, wie sonst (vgl. Anm. 2 zu § 66) durch Gelegenheit zu schriftlicher Aeußerung oder in mündlicher Verhandlung im Sinne der K.O. erfolgen. Der G.Schuldner ist, falls sich eine Forderung ergiebt, für welche noch nicht zugestimmt ist, sachgemäß darüber zu hören, ob er in bestimmter Frist für dieselbe die Zustimmung beibringen will. Das Gericht kann nach § 67 Ermittelungen auf und ohne Antrag veranlassen, und ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Ein G.Ausschuß hat auch hier die Interessen aller Gläubiger zu vertreten (§§ 80 Abs. 1, 92). Auf Antrag kann auch vor dem Beschlusse noch dem G.Schuldner der Manifestationseid abgenommen werden.

Der Beschluß ist dem G.Schuldner und den widersprechenden Gläubigern als den Betheiligten und möglichen Beschwerdeberechtigten zuzustellen, um zunächst vor der öffentlichen Bekantmachung der Einstellung (§ 191) die Rechtskraft des Beschlusses abzuwarten. Gegen den Beschluß, welcher die Einstellung versagt, hat der G.Schuldner die sofortige Beschwerde, § 66; gegen den Beschluß der Einstellung steht dem widersprechenden Gläubiger die Beschwerde zu. Der zustimmende Gläubiger hat keine Beschwerde gegen die Einstellung; er ist durch dieselbe nicht beschwert und seine Erklärung ist nur objektives Material für das Verfahren. Nur soweit ein früher bez. anscheinend Zustimmender wegen Unverbindlichkeit oder Unrichtigkeit seiner Erklärung widersprechen kann, kann er auch mit der Beschwerde seinen Widerspruch erklären. Die Beschwerde kann sich allgemein auf neue Thatsachen und Beweise stützen, C.P.O. § 533. Demnach kann ein Nicht-Zustimmender auch mit der Beschwerde erst die Versagung seiner Zustimmung erklären. Der Verwalter ist nur gutachtlich zu hören und hat hier keine Parteirolle, also weder für, noch gegen die Einstellung ein Beschwerderecht. Stieglitz S. 675. A.M. v. Völderndorff II. S. 564. — Der Beschwerderichter hat hinsichtlich der Fragen, welche Gläubiger nach § 188 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 zu berücksichtigen sind, dasselbe Ermessen, wie der Richter erster Instanz, vgl. Anm. 1, 4, 5 zu § 188.

§ 190.

Das Gericht kann das Konkursverfahren einstellen, sobald sich ergiebt, daß eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.[1]

E. I. 196. 197.

1) Die Einstellung wegen ungenügender Masse kann zu jeder Zeit erfolgen, selbst vor dem Prüfungstermin und vor einer Verwerthung der Masse, entsprechend den §§ 99, 184. Ein Antrag dazu ist nicht nöthig, in der Regel wird die Anregung des Verwalters den Anlaß geben. — Ob eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse vorhanden ist, unterliegt der konkreten Würdigung des Gerichts. Der Wortlaut bedeutet: es ist einzustellen, wenn die Masse nicht entspricht, um die Kosten des Verfahrens oder mehr als die Kosten zu decken. Die Fortsetzung des Verfahrens würde dann auch dem Konkurszwecke für die Gläubiger (§ 2) nicht entsprechen. Die Mot. S. 347 sagen einschränkend: es sei einzustellen, „wenn sich ergiebt, daß die Konkursmasse nicht den Kosten entspricht, so daß für die vorrechtlosen K.Gläubiger nichts übrig bleibt." Abgesehen davon, daß für die Bevorrechtigten, sofern sie feststehen, nach § 157 ohne vollständige Durchführung des Verfahrens gesorgt werden kann, haben indeß auch die bevorrechtigten Gläubiger ihren Anspruch auf Konkursberücksichtigung, und ist, wenn die Masse auch nur diese (ganz oder theilweise) außer den Kosten deckt, eine Einstellung vor ihrer Deckung nicht gerechtfertigt, da das Gesetz jene Beschränkung nicht ausgedrückt hat. Angesichts mancher Berliner Erfahrungen, wonach selbst für die Bevorrechtigten beträchtliche Quantitäten nöthig und nicht selten nur Prozente zu erreichen sind, würde eine Einstellung, welche die Bevorrechtigten sogar der Verkümmerung durch den Zugriff vorrechtsloser Gläubiger aussetzte, nicht gerechtfertigt sein.

Der Beschluß ist dem G.Schuldner und dem Verwalter als den Betheiligten zuzustellen. Durch die öffentliche Bekanntmachung, §§ 191, 68 Abs. 3, wird er ohnehin allen Betheiligten zugestellt. Dem Verwalter als demjenigen, welcher aufhören soll, im Interesse der K.Gläubiger die Verwaltung und Vertheilung zu veranlassen und ebenso dem G.Schuldner als dem in die Verwaltung seines Vermögens wieder Eintretenden steht die Beschwerde zu. Auch den Gläubigern ist sie als Betheiligten nicht zu versagen. Nur dem Verwalter und nicht dem G.Schuldner das Beschwerderecht zu geben (Stieglitz S. 677), hieße, das Recht und das Interesse des G.Schuldners auf K.Durchführung verkennen, während dies Recht durch die Zulässigkeit seines Antrags auf K.-Eröffnung anerkannt wird. Weder den Verwalter, noch den G.Schuldner will v. Völdernborff II. S. 560 als beschwerdeberechtigt anerkennen, dagegen jeden Gläubiger.

Die Formen einer Schlußvertheilung brauchen nicht beobachtet zu werden. Mot. 437. Vgl. indeß Anm. 1 zu § 192.

§ 191.

Der Einstellungsbeschluß und der Grund der Einstellung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.[1]

E. I. 198.—200.

1) Die §§ 191, 192 sind für beide Fälle der Einstellung (§§ 188—190) anwendbar. Auch hier wie in den Fällen der Aufhebung nach §§ 151, 175, hat die Einstellung sachgemäß ein, nicht in einem Zeitmomente, sondern nur in einem entsprechenden Zeitraume auszuführendes Aufhebungsverfahren zur Folge, welches zuvor zu er-

ledigen ist. Der Verwalter muß, wie nach Anm. 1 zu § 175, seine Schlußrechnung legen und für die Masseschulden, entsprechend dem § 176 Abs 1 sorgen. Für die Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger zu sorgen hat der Verwalter weder die Verpflichtung noch die unbedingte Möglichkeit. Da gegen den Einstellungsbeschluß noch die Beschwerde zulässig ist und der Beschluß erst nach Ablauf der Beschwerdefrist oder Erledigung der Beschwerde rechtskräftig wirkt, so ist, soweit dies thunlich ist, die öffentliche Bekanntmachung erst nach der Rechtskraft zu veranlassen, entsprechend dem Verfahren nach der Rechtskraft des Zwangsvergleichs, § 175. Unbedingt ist dies freilich schon deshalb nicht möglich, weil gegen den Beschluß auch den Gläubigern, welche nicht schon früher widersprochen haben und für welche eine Zustellung nur durch die öffentliche Bekanntmachung thunlich ist, die Beschwerde zusteht; indem der Beschluß weder (wie die Aufhebung nach der Schlußvertheilung, § 151) unanfechtbar ist, noch die Beschwerdefrist (wie beim Zwangsvergleiche, § 174) von einer Verkündung des Beschlusses vor der Bekanntmachung beginnt. Mit Rücksicht hierauf ist die Wirkung der Bekanntmachung (§ 68 Abs. 1) nicht schon der Abschluß der Konkursbeendigung; sondern die Wirkungen dieser K.Beendigung, wie sie in Anm. 2 zu § 151 angegeben sind, können erst mit der Rechtskraft des bekannt gemachten Beschlusses als unzweifelhaft gelten. Dies ist demgemäß auch bei der Ausführung der K.Erledigung zu berücksichtigen. Die Bemerkung der Mot. 438: „sobald die Einstellung veröffentlicht ist, hören die Wirkungen der K.-Eröffnung von Rechtswegen auf", ist hiernach nicht wörtlich zu verstehen.

Dernburg II. § 124 Anm. 4 meint: bei der Einstellung des Verfahrens sei die öffentliche Bekanntmachung für die Beendigung des Konkurses nicht erforderlich. Er bezieht sich dafür aber nur auf ein (ohnehin fragwürdiges) für die preuß. K.O. v. 1855 ergangenes Erkenntniß in Gruchot Beitr. Bd. 14 S. 130 ff. Für unsere K.O. ist dies schon nach dem äußeren, in der Folge der §§ 191, 192 gegebenen Zusammenhange der Vorschriften über die K.Beendigung keinesfalls zutreffend. Vielmehr gilt auch für diese Beendigungsart, wie für § 151, daß der Konkurs erst beendigt ist und alle Wirkungen der Beendigung erst eintreten, wenn die Beendigung nicht blos ein Gedanke des Gerichts und auch nicht blos Einzelnen mitgetheilt ist, sondern wenn er allen Betheiligten mitgetheilt und nach fruchtlosem Rechtsmittel bez. nach Ablauf der Rechtsmittelfrist als nun unanfechtbarer rechtskräftiger Beschluß für Alle gilt. Die Nothwendigkeit der Einheitlichkeit der Entscheidung darüber, ob ein Konkurszustand vorhanden ist, oder nicht, macht jede andere Lösung unmöglich. Vgl. Anm. 2 zu § 151.

§ 192.

Der Gemeinschuldner erhält das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.[1])

Die Vorschriften des § 152 finden entsprechende Anwendung.[2])

E. I. 201. 202.

1) Abs. 1 ist auch hier Folge der Beseitigung des § 5 durch die Einstellung. Die Konkurserledigung kann im Falle der Einstellung wie der Aufhebung nach Schlußvertheilung nur gleichzeitig einheitlich für und gegen alle Betheiligte eintreten, also auch hinsichtlich des G.Schuldners gemäß der Ausführung in Anm. zu § 192 erst mit der Rechtskraft des Einstellungs-Beschlusses. Vgl. Anm. 2 zu § 151.

2) Vgl. Anm. 1—7 zu § 152.

Achter Titel.

Besondere Bestimmungen.

Der achte Titel enthält Bestimmungen über Abweichungen, welche wegen der besonderen Qualifikation der Rechtsverhältnisse des G.Schuldners für Konkurse über das Vermögen von Aktiengesellschaften, Genossenschaften, Handels- und Kommanditgesellschaften, über einen Nachlaß und über das inländische Vermögen eines Ausländers gegeben sind. Im E. I. waren sie als „besondere Bestimmungen für das G.Schuldverfahren über Theilmassen" bezeichnet. Damit sollte der Regel des Universalkonkurses über das ganze Vermögen eines G.Schuldners ein Partikularkonkurs über Theile seines Vermögens gegenüber gestellt werden. Eine solche begriffliche Unterscheidung ist mit Recht aufgegeben. Ohnehin läßt sich von den hier behandelten besonderen Fällen in der That nur der Konkurs über das inländische Vermögen als ein reiner Partikularkonkurs ansehen. Der Streit über die begriffliche Unterscheidung eines Partikularkonkurses ist an sich müßig und ohne praktische Bedeutung. Auch die Frage der juristischen Konstruktion der Handels- und ähnlicher Gesellschaften und ihres Verhältnisses zu einer juristischen Person ist für die K.Vorschriften nicht von praktischer Wichtigkeit. Wesentlich ist nur, daß der G.Schuldner, — sei dies ein Einzelner oder eine Vereinigung Mehrerer („Personenverein") oder betreffe der Begriff eine Anstalt, Masse, Stiftung — ein für sich bestehendes Rechtsleben führt, in eigenem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden kann, und ein rechtlich und thatsächlich für sich bestehendes, von anderem unterscheidbares, Aktiv- und Passiv-Vermögen hat (H.G. Art. 111. C.P.O. § 19. Vgl. Anm. 2 zu § 94). Für das Vermögen eines solchen Rechtssubjekts in diesem Sinne ist ein Universalkonkurs im Allgemeinen unter Anwendung derselben Grundsätze möglich. Auch nur wenige abweichende Bestimmungen sind nöthig gefunden, die meisten aus praktischen Rücksichten. Das Verfahren zur Ausgleichung der Gläubiger, welche exekutivisch dasselbe einzelne Vermögensobjekt oder einen Komplex von Objekten in Anspruch nehmen, gehört an sich nicht in den Bereich der K.O., sondern ist als Zwangsvollstreckung nach der C.P.O. zu bestimmen (vgl. C.P.O. §§ 758 ff., 728, 750—752); bez. soweit die C.P.O. die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Eigenthum der Landesgesetzgebung überwiesen hat (§§ 757, 752), nach Landesrecht zu beurtheilen. Für Preußen vgl. Subhast.-Ordn. v. 15. März 1869 §§ 1, 60—91 und Ges. betr. Zwangsvollstr. in unbewegl. Verm. v. 4. März 1879; s. Anm. zu § 39.

§ 193.

I.[1] Ueber das Vermögen einer Aktiengesellschaft findet das Konkursverfahren außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Ueberschuldung statt.[2]

Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist.[3]

E. I. 281—285. 325.

1) A. Konkurs von Aktiengesellschaften: §§ 193, 194. Im E. I. waren für den Konkurs über Aktiengesellschaften keine Sonderbestimmungen vorgeschlagen. Bei der Berathung der R.K. wurde ein Zusatz vorgeschlagen: „bezüglich des K.Verfahrens über das Vermögen einer Eisenbahn-Aktiengesellschaft besondere Bestimmungen (im öffent-

lichen Interesse) zu erlassen, bleibt der Landesgesetzgebung überlassen". Der Antrag wurde abgelehnt. Die wünschenswerthe Regelung der Fragen, wieweit zur Sicherung des Betriebes und des öffentlichen Interesses die Zwangsvollstreckung gegen Betriebsmaterial und sonstiges Vermögen der Eisenbahn-Gesellschaften zulässig sei, müsse nicht blos für das K.Gericht, sondern einheitlich auch für Einzeln-Exekutionen geordnet werden. Zugleich sei eine gleichmäßige Regelung der Grundsätze über Beleihung von Eisenbahnen (vgl. E.G. § 17) nöthig. Außerdem würde bei dem über den einzelnen Staat hinübergreifenden Interesse der Fragen eine reichs- und nicht eine landesgesetzliche Legislative sachgemäß sein. Prot. 187—190. In der That ist anzuerkennen, daß im Bereiche der K.O. nähere Vorschriften zur Ausführung des Konkurses einer Eisenbahn- wie einer sonstigen Aktiengesellschaft nicht nöthig sind. Bei der freien Bewegung, welche die K.O. der K.Verwaltung für die Verwerthung aller verwerthbaren Vermögens-Objekte (unter Zuziehung der G.Versammlung) ermöglicht, ist ein formales Hinderniß zur Durchführung eines solchen Konkurses nicht vorhanden. Die Schwierigkeiten, welche bisher in der Beschränkung der Befugnisse der Verwaltung und in dem Mangel an Vorschriften für eine öffentliche Versteigerung einer Eisenbahn-Anlage lagen, sind dadurch beseitigt. Zur Versteigerung der pommerschen Centralbahn hatte das Handelsministerium anfänglich die Veräußerung unter Beobachtung des § 6 Subhast.-Ordn. v. 15. März 1869 (Besitznachweis und Grundsteueratteste für jedes der zum Bau verwendeten Grundstücke) nöthig erklärt. Dieser Unmöglichkeit gegenüber und mit Rücksicht auf das Recht des Staats, nach § 21 Eisenb.-Ges. vom 3 November 1838 „die Anlage, sowie sie liegt" (also als Ganzes), „für Rechnung der Gesellschaft unter der Bedingung zur öffentlichen Versteigerung zu bringen, daß dieselbe von den Ankäufern ausgeführt werde", wurde dann die Ermöglichung einer solchen Versteigerung darin gefunden, daß die Eisenbahn-Anlage als Inbegriff von Sachen und Rechten und insbesondere als das Recht zum Bau, zur Ausrüstung und zum Betriebe der Bahn in Verbindung mit den zu diesem Zwecke in den Besitz der Gesellschaft gelangten Anlageobjekten anzusehen ist. Preuß. A.L.R. I. 2 §§ 7, 32. Auf die Versteigerung solcher „unkörperlichen Dinge" sind die Vorschriften über Subhastation von Grundstücken nicht direkt anzuwenden, sondern nach der — noch bis jetzt weder durch die Subhast.-Ordn. v. 4. März 1834 (vgl. §§ 1, 8 zu § 65 Tit. 52), noch durch die Subhast.-Ordn. vom 15. März 1869 (§§ 116, 117) noch auch durch das Ges. v. 4. März 1879 aufgehobenen — Bestimmung der preuß. A.G.O. I. 52 § 65 nur „soweit sie nach der Natur des Objekts Anwendung finden können". In gleicher Weise hindert auch die K.O. eine öffentliche Versteigerung der Eisenbahn-Anlage unter beliebigen Bedingungen nicht, während sie die Verwerthung aus freier Hand in der freiesten Weise ermöglicht.

Nöthig dagegen ist die, jedoch außerhalb des Bereichs einer K.O. liegende, Regelung der Begrenzung der Rechte und Pflichten einerseits des Staates hinsichtlich der staatlichen Aufsicht und des öffentlichen Interesse, und andererseits der Eisenbahngesellschaften sowohl dem Staate als auch den Einzelnen gegenüber, soweit das öffentliche Interesse betheiligt ist. Die Nothwendigkeit einer gesetzlichen Beschränkung der Zwangsvollstreckung gegen Eisenbahnen im öffentlichen Interesse liegt ohnehin auf der Hand. Das staatliche Hoheits- und Aufsichtsrecht bleibt allerdings gegenüber der in Konkurs verfallenen Gesellschaft, wie jeder anderen Eisenbahn-Gesellschaft, durch die K.Eröffnung unberührt. Die K.Eröffnung betrifft nur das der Zwangsvollstreckung unterworfene Vermögen (§ 1) und beseitigt an sich nicht das Einspruchsrecht des Staates gegen eine dem Staatsinteresse widersprechende Art der Verwerthung (Ges. v. 3. November 1838 §§ 21, 47, 7, 16). Das Recht des Staates, daß nur eine von ihm ertheilte Konzession zum Bau und Betriebe einer Bahn und zum Erwerbe einer bestehenden Bahnanlage berechtigt, und daß es seiner Bestimmung unterliegt, ob eine öffentliche Straßenanlage als solche bestehen

32*

bleiben oder aufhören soll, ist unbestreitbar. Auch das Recht des Staates, wenn er die Anlage erhalten wissen will, dieselbe für eigene Rechnung selbst zu übernehmen, hat seine unzweifelhafte Berechtigung. Dies Recht ist zur Ausübung gegen entsprechende Entschädigung im Prinzipe im preuß. A.L.R. Einl. §§ 75 ff. festgestellt. In Betreff der Ausführung genügt jedoch bis jetzt das preuß. Ges. v. 11. Juni 1874 über Enteignung von Grundeigenthum nicht. Wenn indeß der Staat die Bahnanlage erhalten wissen will, ein anderer Erwerbslustiger sich nicht dafür findet und der Staat selbst sie auch nicht freiwillig oder im Wege der Enteignung als Eigenthum übernehmen, sondern sie nur für Rechnung der insolventen bisherigen Gesellschaft betreiben will, so ist dies ein Geschäft, welches keine K.Verwaltung eingehen kann. Das Verlangen, daß auch dann noch die Gesellschaft nichts von den Betriebsmitteln verwerthen soll, überschreitet die Grenzen des staatlichen Rechts. Hält der Staat die Erhaltung für nothwendig, so muß er auch die Mittel dazu hergeben. Mit diesen die G.Schuldnerin zu belasten, scheitert an der Unmöglichkeit. Der Staat kommt damit auf die Grenze, jenseits welcher nach dem bekannten Sprichworte auch das Recht des Kaisers aufhört, und verkümmert unberechtigt der K.Verwaltung das traurige Recht, wenigstens die Bestandtheile der Anlage einzeln zu veräußern. Der bei solcher Sachlage vom preuß. Handelsministerium gestellte Antrag, der K.Verwaltung der pommerschen Centralbahn (vor der später erfolgten Uebernahme seitens des Staates) die Einzeln-Veräußerung der Bestandtheile der Bahnanlage zu untersagen, ist daher auch vom Stadtgerichte wie vom Kammergerichte zu Berlin (15. Oktober und 18. November 1874) abgelehnt, da die Geltendmachung des dem Ges. v. 3. November 1838 zu Grunde liegenden staatlichen Aufsichtsrechts das Bestehenbleiben der Bahn bez. der Gesellschaft voraussetze und keine Anwendung mehr finde, wenn weder Andere noch der Staat selbst das Nöthige thut, um den Bestand zu erhalten; das Gegentheil würde den K.Zweck unberechtigt illusorisch machen. Auch der im Januar 1874 dem preuß. Abgeordnetenhause vorgelegte Gesetzentwurf, betreffend die Anlage von Eisenbahnen, behandelt zwar die Anlage, die Ertheilung der Konzession, die Zulässigkeit und die Form der Versteigerung unter Bedingungen, welche vom Handelsminister festgestellt werden und ein Preisminimum enthalten sollen; und räumt dem Staate nach zweimaligem fruchtlosen Versteigerungsversuche das Recht ein, für diesen Preis die Bahn zu erwerben. Falls er davon nicht Gebrauch macht, so „kann die Anlage mit landesherrlicher Genehmigung aufgegeben werden" (§ 57). Eine Lösung, was geschehen soll, wenn die Genehmigung auch dann nicht beantragt oder gegeben werden soll, — wie es das Beispiel der pommerschen Centralbahn zeigte, — war in jenem Entwurfe nicht enthalten. Der Entw. hat übrigens kein Gesetz zur Folge gehabt, und ist unberathen geblieben.

2) Abs. 1. Der Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Aktiengesellschaft kann a) auf Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 94, indeß auch ohne eine solche b) auf Ueberschuldung der Gesellschaft gegründet werden. Die Gläubiger einer Aktiengesellschaft sind lediglich auf das Vermögen des Vereins angewiesen und sollen im Falle einer Insuffizienz nicht noch zu warten brauchen, bis auch eine zur Zeit noch nicht dokumentirte Zahlungsunfähigkeit konstatirt ist. Auch im Interesse der Aktionäre und des öffentlichen Aktienverkehrs soll nicht noch eine weitere Untergrabung der Verhältnisse abgewartet werden, wenn eine Ueberschuldung vorliegt. Die Vorschriften des H.G. Art. 240, 249a. bleiben maßgebend. E.G. § 3 Abs. 1. Wegen der Anwendbarkeit der §§ 193, 194 (nicht § 195) auf bayer. „Vereine" und „registrirte Gesellschaften" vgl. E.G. § 6 und Anm. dazu.

3) Abs. 2. Aktiengesellschaft in Liquidat. Die Aktiengesellschaft wird durch den Ablauf der statutenmäßigen Zeit, durch Beschluß der Aktionäre und durch Eröffnung des Konkurses aufgelöst, H.G. Art. 242, d. h. sie darf für den Zweck, für welchen sie errichtet ist, keine fernere Thätigkeit haben. Sie dauert indeß für den Zweck der

Liquidation bis zu deren Beendigung fort. Die Selbständigkeit ihres Vermögens bleibt bis zur vollzogenen Vertheilung aufrecht. Art. 244, 245, 144; Renaud Aktiengesellschaft. §§ 91 ff.; R.O.H. 19, 160. Mot. 442. Auch über das Vermögen einer schon aufgelösten Aktiengesellschaft (in Liquid.) kann sowohl wegen Zahlungsunfähigkeit, als wegen Ueberschuldung Konkurs eröffnet werden. Wenn „die Vertheilung vollzogen", ist nach H.G. Art. 245—248 unter Würdigung der thatsächlichen Verhältnisse zu beurtheilen.

§ 194.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator berechtigt.[1]

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird.[2] Das Gericht hat die übrigen Mitglieder oder Liquidatoren nach Maßgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.[3]

P. 281—285. 325.

1) Abs. 1: Antragsberechtigung. Zum Antrage auf K.Eröffnung ist jeder K.Gläubiger, gemäß der allgemeinen Regel der §§ 95, 97, jeder Liquidator, wenn solche schon bestellt sind, und jedes Vorstandsmitglied berechtigt; nicht ein Prokurist und nicht ein Aktionär, auch nicht mehrere Aktionäre und ebenso nicht eine Generalversammlung (dagegen v. Völdernborff II. S. 575), welche eine solche Absicht durch den Vorstand oder durch Liquidatoren ausführen mag. Nöthig ist zum Antrage weder die übereinstimmende Erklärung aller Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren, noch der zur Firmazeichnung befugten, da der Antrag kein Akt der Geschäftsführung ist. H.G. Art. 229, 244, 136. Jeder von ihnen ist der Bestrafung nach Art. 249a. ausgesetzt und soll deshalb einzeln zum Antrage berechtigt sein.

Soweit im Konkurse die Gesellschaft als G.Schuldnerin zu vertreten ist, geschieht dies durch die zur Zeit der K.Eröffnung (bez. gemäß späterer Wahl, H.G. Art. 244, R.O.H. 17, 44) zur Vertretung legitimirten Vorstandsmitglieder bez. Liquidatoren. Insbesondere sind nur diese (und nicht an sich jeder Einzelne) berechtigt, als „G.Schuldner" mit verbindlicher Kraft Erklärungen und Anträge gemäß §§ 129, 152, 179, 192 bez. 78, 97, 101, 111, 123, 148, 160 abzugeben und zu stellen. H.G. Art. 227, 244, 144. Vgl. § 196. Die Aktionäre haben also auch beim Prüfungsverfahren keine Erklärungen abzugeben.

Hinsichtlich der Pflichten bemerken die Mot. 443: Jeder der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren habe die Pflichten des G.Schuldners während des Konkurses zu erfüllen. Auf die Anregung in der R.K., dies in das Gesetz aufzunehmen, wurde es indeß regierungsseitig mit Recht bedenklich gefunden, auf die Person jedes einzelnen von Kollektivvertretern des G.Schuldners alle Vorschriften der K.O. anzuwenden; so sei wohl § 93 Abs. 2, nicht aber § 93 Abs. 1 anwendbar. Die Praxis werde das Richtige im konkreten Falle finden. Prot. 15, 117, 118. Die Vorschriften der §§ 92, 93 Abs. 2, 115 dürften in der That auf Jeden anwendbar sein.

2) Abs. 2 findet sowohl dann Anwendung, wenn nur einer oder einige der Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren, als wenn ein Gesellschaftsgläubiger den Antrag stellt. Im letzterem Falle bleibt es außerdem bei der allgemeinen Vorschrift des § 97 Abs. 1, daß der Gläubiger seine Forderung zu seiner Antragslegitimation glaubhaft zu machen hat. Die Schwierigkeiten für einen Dritten, die Vermögenslage nachzuweisen, werden

hier theilweise durch die Veröffentlichung der Bilanzen nach H.G. Art. 239, 239a. gehoben. Mot. 442. 443. Prot. 118. Die Vorschrift, der Antrag sei bei Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit oder der Verschuldung „zuzulassen", hat hier dieselbe Bedeutung, wie im § 97. Vgl. Anm. 1, 4 zu § 97.

3) Die Abweichung der P. § 285, daß ein Akkord nicht zuzulassen, ist hier absichtlich nicht aufgenommen, da auch für eine Aktiengesellschaft, zumal wenn der Konkurs durch allgemeine Krisen herbeigeführt ist, ein Zwangsvergleich wünschenswerth sein könne. Mot. 443—445. Für das Zwangsvergleichsverfahren finden die Vorschriften der §§ 160 bis 187 unmittelbare Anwendung; nur ist dabei zu berücksichtigen, daß da, wo das Gesetz Handlungen des G.Schuldners voraussetzt, denselben die Handlungen der Vertreter nur dann gleichzustellen sind, wenn die Gesellschaft als solche dabei als rechtlich durch ihre Vertreter handelnd anzunehmen ist. Dies ist namentlich hinsichtlich der Gründe der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs zu beachten, vgl. §§ 162, 172, 173, 183, 184. Die Aktiengesellschaft wird nicht wegen betrüglichen Bankerutts bestraft, wenn ihre Vertreter dies Schicksal haben, und wird nicht flüchtig; sie kann aber durch ihre Vertreter den Offenbarungseid weigern und die Vorschrift des § 173 Nr. 1 kann auch bei ihr schon deshalb anwendbar sein, weil es dafür unerheblich ist, wer den Z.Vergleich in unlauterer Weise oder durch Begünstigung zu Stande gebracht hat. Stieglitz S. 682; v. Sarwey S. 711.

§ 195.

Ueber das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft findet das Konkursverfahren außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle des § 48 des Gesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, vom 4. Juli 1868 statt.[1]

Die Vorschriften der §§ 193 Abs. 2, 194 finden entsprechende Anwendung.[2]

E. I. 225.

1) B. Konkurs einer eingetragenen Genossenschaft: §§ 195—197. In Betreff des Konkurses über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft sind auch § 3 Nr. 1 und Abs. 4 des E.G. zu vergleichen. Die K.Eröffnung ist zulässig:

a. im Falle einer Zahlungsunfähigkeit (§ 94), und zwar vor der Auflösung der Genossenschaft nur bei Zahlungsunfähigkeit (diese Abweichung vom § 193 Abs. 1 gründet sich auf die solidarische Haftung der Genossenschafter; so lange die Genossenschaft zahlt, überwiegt die Rücksicht auf ihren Kredit. Mot. 445);

b. falls die Genossenschaft aufgelöst ist, gemäß § 48 Ges. v. 4. Juli 1868 (B.G.Bl. S. 415) dann, wenn die Bilanz der Liquidatoren eine Insuffizienz ergiebt und der Ausfall nicht binnen acht Tagen nach der zu berufenden Generalversammlung baar eingezahlt wird. Die im § 48 Ges. von 1868 bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichts ist durch das E.G. § 3 Nr. 1 aufgehoben. Nach Auflösung der Genossenschaft begründet eine Zahlungsunfähigkeit ebenfalls die K.Eröffnung.

Der Beschluß der K.Eröffnung „hat die Namen der solidarisch verhafteten Genossenschafter nicht zu enthalten". Diese Vorschrift des gemäß E.G. § 3 aufgehobenen § 51 Ges. v. 1868 ist als selbstverständlich (zumal da die Namen ohne besondere Verhandlung nicht zu ermitteln sind) nicht ausdrücklich ausgesprochen. Auch der Satz, daß der Konkurs nicht den Konkurs über das Privatvermögen der einzelnen Genossenschafter nach sich zieht (§ 51 Abs. 4 a. a. O., vgl. § 197. P. § 287 Abs. 2), ist als selbstverständlich nicht aufgenommen. Mot. 446. Prot. 118, 119.

2) Die Genossenschaft wird außer dem Falle des Konkurses durch Ablauf der statutmäßigen Zeit und durch Beschluß der Genossenschaft aufgelöst, §§ 34 ff. Ges. v. 4. Juli 1868. Vgl. § 20 und E.G. § 3 Abs. 1. Ueber das Fortbestehen derselben zum Zwecke der Liquidation gilt das in Anm. 3 zu § 193 Gesagte. Vgl. auch Anm. 1, 2 zu § 194.

§ 196.[1]

Die Genossenschaft wird durch den Vorstand oder die Liquidatoren vertreten.[2]

Ein Zwangsvergleich findet nicht statt.[3]

E. I. 226. 227.

1) Auf bayer. „Vereine" und „registrirte Gesellschaften" finden die §§ 193, 194, 196 (nicht § 195) gemäß E.G. § 6 entsprechende Anwendung. Anm. zu E.G. § 6.

2) Der Vorstand bez. die Liquidatoren haben sowohl für die Genossenschaft als G.-Schuldnerin die Auslassungen und Anträge gemäß §§ 129, 152, 192, 78, 97, 123 zu erklären, als auch die Genossenschafter zu vertreten. Vgl. § 197 Satz 2. Der Zusatz des § 51 Abs. 3 Ges. v. 1868, daß die Vertreter der G.Schuldnerin zu erscheinen und Auskunft zu ertheilen verpflichtet sind, ist in den Mot. 445 für entbehrlich erklärt. Er ist entbehrlich, weil die allgemeinen Grundsätze der §§ 92, 93, 115 durch die besonderen Bestimmungen II. Tit. 8 nicht aufgehoben sind; nicht, weil die Verpflichtung entbehrlich wäre. Hinsichtlich des § 93 Abs. 1 vgl. indeß Anm. 1 zu § 194.

3) Der Akkord ist unzulässig, weil er neben der solidarischen Haftung der Genossenschafter nur das Genossenschaftsvermögen betreffen könnte, und hinsichtlich der Haftung der Mitglieder ein Zwang zu einem theilweisen Verzichte gegen die Gläubiger ungerechtfertigt wäre, der Akkord also weder den Gläubigern noch Genossenschaftern Vortheile bietet.

§ 197.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens sind die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt worden sind, berechtigt, wegen des in dem Verfahren erlittenen Ausfalls, einschließlich der Zinsen und Kosten, die einzelnen ihnen solidarisch haftenden Genossenschafter in Anspruch zu nehmen. Den letzteren stehen Einwendungen nur gegen solche Forderungen zu, welche von dem Vorstande oder den Liquidatoren im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind.[1]

E. I. 228.

1) Die auch nach dem Konkurse fortdauernde Haftung der solidarisch verpflichteten Genossenschafter ist in Anlehnung an § 152 und an § 51 Abs. 3, 5, 6, Ges. vom 4. Juli 1868, bestimmt. An die Stelle des durch E.G. § 3 aufgehobenen § 51 Ges. v. 4. Juli 1868 treten auch für den § 12 dies. Ges., worin der § 51 bezogen ist, d. h. hinsichtlich der Haftung der einzelnen Genossenschafter die §§ 195 bis 197. Mot. 465 zu § 3 E.G. Namentlich enthält § 197 den Inhalt des § 51 Abs. 5, 6, soweit derselbe außer den selbstverständlichen Sätzen des § 51 aufrecht erhalten bleiben soll. Hieraus ergiebt sich die Bedeutung des § 197 dahin:

I. Die einzelnen Genossenschafter können, wie sie früher nach § 51 nur wegen der im Konkurse „angemeldeten und verifizirten" Forderungen angegriffen werden konnten, so jetzt nach Aufhebung des K.Verfahrens nur wegen der im ersten Satze des § 197

bezeichneten Forderungen auf Grund ihrer solidarischen Verpflichtung in Anspruch genommen werden; also nur wegen festgestellter Forderungen; nicht wegen der nicht festgestellten, und nicht wegen der gar nicht angemeldeten. Indeß kann eine Feststellung auch nach dem Konkurse mit gleicher Wirkung erfolgen; dem § 152 entsprechend ist die Wirkung auch hier nicht darauf beschränkt, daß die Feststellung bereits während des Konkurses erfolgt sein müßte. Der Absicht des § 197 zur Ersetzung des § 51 und dem Verhältnisse des Systems der K.O. zur „Verifikation" des früheren K.Verfahrens entsprechend, gehören auch die mit vollstreckbarem Titel versehenen Forderungen, § 134 Abs. 6, wenn ein Widerspruch gegen dieselben nicht erfolgt ist, zu den festgestellten im Sinne des ersten Satzes des § 197.

II. Bei der Prüfung im Konkurse der eingetragenen Genossenschaft gilt gemäß § 132 die Forderung als festgestellt, wenn Verwalter oder Gläubiger keinen Widerspruch erhoben haben, oder der erhobene beseitigt ist. Hinsichtlich der persönlichen Haftung, soweit sie außerhalb der Befriedigung aus der Konkursmasse in Frage kommt, werden die Genossenschaft sowohl wie auch die einzelnen Genossenschafter im Prüfungsverfahren durch den Vorstand bez. die Liquidatoren vertreten. Die einzelnen Genossenschafter werden im Prüfungsverfahren nicht selbst betheiligt. Im Sinne der §§ 152, 179, 192 gilt für sie hinsichtlich ihrer persönlichen Haftung eine Forderung nur dann als bestritten, wenn sie von dem Vorstande bez. den Liquidatoren bestritten ist. Auf die Feststellung hat deren Erklärung, so wie in anderen Konkursen die Erklärung des G.Schuldners, keinen Einfluß.

III. Die Gläubiger festgestellter Forderungen haben, abweichend von den §§ 152, 179, 192, gegen die einzelnen Genossenschafter nicht ein Recht sofortiger Zwangsvollstreckung. Dazu fehlt schon die Richtung der Feststellung; sie giebt nicht einen Vollstreckungstitel gegen die bestimmten Persönlichkeiten der Genossenschafter, C.P.O. § 671. Aber die Feststellung bleibt gegen die Genossenschafter für den gegen sie zu erhebenden Rechtsstreit insofern verbindlich, als dadurch das Bestehen der Genossenschaftsschuld konstatirt ist, und das Fundament des Anspruchs als einer Genossenschaftsschuld braucht im Prozesse gegen die Einzelnen nicht weiter bewiesen zu werden, — wenn die Forderung vom Vorstande bez. von den Liquidatoren im Prüfungstermine nicht bestritten ist, wenn also die Ausnahme des zweiten Satzes des § 197 nicht eintritt. Die Gläubiger können dann, wenn ihre Forderungen an die Genossenschaft im Konkurse festgestellt sind, den Ausfall im Wege der Klage verfolgen und haben in dieser indeß nachzuweisen, daß der Beklagte zu den „ihnen solidarisch haftenden Genossenschaftern" (Satz 1) gehört. Nur das Bestreiten ihrer eigenen Haftung, weil sie nicht zu den solidarisch haftenden Genossenschaftern gehören, nicht verbindlich beigetreten, oder früher ausgeschieden sind u. s. w., steht ihnen gegen solche Forderungen zu. Dagegen können sie per arg. e contrario aus Satz 2 nicht Einwendungen gegen die Forderung selbst erheben.

IV. Ist die Forderung jedoch, wenngleich festgestellt, von dem Vorstande bez. von den Liquidatoren bestritten (Satz 2), so können die einzelnen Genossenschafter nicht blos gegen ihre persönliche Haftung, sondern auch gegen die Richtigkeit der Forderung selbst als einer Genossenschaftsschuld Widerspruch erheben.

V. Soweit hiernach Ansprüche gegen einzelne Genossenschafter zulässig sind, wird für einen Genossenschaftsgläubiger auch gegen einen zur Zeit der K.Eröffnung ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafter die zweijährige Verjährung (§§ 63, 64 Ges. v. 4. Juli 1868) durch die Anmeldung der K.Forderung im Genossenschaftskonkurse unterbrochen. E.G. § 3 Abs. 4. Ueber sonstige Unterbrechungshandlungen vgl. §§ 63, 64 Genoss.-Ges.; ferner R.G. 2, 9 und Schulze-Delitzsch Streitfragen im deutschen Genossenschaftsrecht, Leipzig und Kiel 1880 S. 44 ff., 53 ff. — Vgl. v. Sarwey S. 715, 716; Stieglitz S. 687, 688; Fuchs S. 160.

Die Vorschriften der §§ 52—62 Ges. v. 4. Juli 1868, insbesondere über das Verfahren der Vertheilung unter den Genossenschaftern, sind als außerhalb des K.Verfahrens liegend durch die K.O. nicht berührt und sind aufrecht erhalten. E.G. § 3. Mot. 446, 465. Hinsichtlich der Beitreibung der Vorschüsse, welche Mitglieder gemäß § 48 Genoss.-Ges. zur Vermeidung des Konkurses geben, gegen die anderen Mitglieder vgl. Schulze-Delitzsch Streitfragen ꝛc. S. 19 ff.

§ 198.

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien[1]) findet über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren statt.[2])

Die Vorschrift des § 193 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.[3])

E. I. 221. P. 286. 287.

1) C. Der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Komm.-Ges. auf Aktien (§§ 198—201) ist jedenfalls „selbständig" getrennt vom K.Verfahren über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters zu eröffnen und zu behandeln. Die Gesellschaften können unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen, und verklagt werden (H.G. Art. 111, 164). Ihr Vermögen ist also rechtlich und thatsächlich abgesondert oder absonderungsfähig. Die Gesellschafter haften andererseits solidarisch persönlich und mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden (Art. 112, 150 a. a. O.). Der Gesellschaftsgläubiger hat daher ein zweifaches Klagerecht, das gegen die Gesellschaft, und das gegen die Gesellschafter. Der Gläubiger kann jedes Klagerecht für sich geltend machen, indeß auch beide kumuliren. Entsch. d. R.O.H. 6, 416; 20, 180; 21, 45. Im Falle des Konkurses der Gesellschaft werden deren Gläubiger „aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt und können aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalls ihre Befriedigung suchen." H.G. Art. 122, 169. Vgl. R.O.H. 2, 143; 5, 204; 17, 284, 351.

Auf Grund dieser Vorschriften des H.G. sind die besonderen Bestimmungen der §§ 198—201 erlassen. Dabei ist die kategorische Vorschrift der P. § 287 Abs. 2, daß bei der K.Eröffnung über das Gesellschaftsvermögen zugleich der Konkurs über das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter eröffnet werden müsse, beseitigt. Wenngleich thatsächlich fast die Regel, ist der Konkurs über das Privatvermögen nicht rechtlich nothwendige Folge des Gesellschaftskonkurses. Ein durchaus zahlungsfähiger Gesellschafter kann den Gesellschaftskonkurs beantragen, um die schädigende Gesellschaft zu beendigen, wenngleich er selbst aus seinem Privatvermögen alle Schulden decken muß. Die Vorschrift der P. führte auch zu unläugbaren Härten und zu weiteren Verwickelungen, wenn der Gesellschafter zugleich Theilnehmer an anderen Gesellschaften war, welche dann ebenfalls aufgelöst würden, H.G. Art. 123 Nr. 3, 170, 200. Die Eröffnung eines Konkurses über das Privatvermögen eines Gesellschafters hängt daher, wie in jedem anderen Falle, von einem Antrage und von dem Nachweise der Zahlungsunfähigkeit ab. §§ 94, 95. Mot. 447—451.

2) Für die Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit ist hier die allgemeine Vorschrift des § 94 anwendbar. Die Abweichungen der §§ 193, 195, 203 hinsichtlich einer Ueberschuldung finden hier, wie beim Einzeln-Kaufmanne, nicht statt. — Das ausschließlich zuständige K.Gericht ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (H.G. Art. 111 Abs. 2, 86, 144, 164 Abs. 2, 151, 172, 176), auch wenn mehrere Handelsniederlassungen bestehen, § 64. C.P.O. § 19, E. I. § 222.

3) Die Zulässigkeit des Konkurses über eine aufgelöste Gesellschaft besteht hier, wie bei der Aktiengesellschaft, bis nach beendigter Vertheilung des Gesellschaftsvermögens. H.G. Art. 123, 144, 170, 172. Anm. 3 zu § 193.

§ 199.

Zu dem Antrage[1] auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern[2] jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter oder Liquidatoren nach Maßgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.[3]

E. I. 221. P. 286.

1) Legitimation zum Antrage. Die Vorschriften des § 199 entsprechen den Grundsätzen des § 194. Jeder persönlich haftende Gesellschafter, auch wenn er nicht zur Vertretung der Gesellschaft befugt, bez. nicht zum Liquidator bestellt wäre, haftet solidarisch und ist daher zum Antrage berechtigt und über den Antrag eines Anderen zu hören (vgl. H.G. Art. 103, 123—125, 133, 157, 158, 167, 172). Auch jeder Liquidator (Art. 133, 137, 142, 172, 205) ist zum Antrage berechtigt und über den Antrag eines anderen zu hören. Dagegen ist der Kommanditist als solcher zum Antrag nicht berechtigt (E. I. § 221 Abs. 3); er kann nur die Auflösung der Gesellschaft gemäß H.G. Art. 123 — 125, 170, 200 betreiben und gehört nicht zu den im § 194 bezeichneten persönlich haftenden Gesellschaftern, Art. 158 Abs. 2, 165, 167 Abs. 3, 168, 196 ff. Mot. 447, 448. Ein Antrag in der R.K., bei einer einfachen Kommanditgesellschaft auch den Kommanditisten, welcher häufig den größten Theil des Handelsvermögens hergebe, ferner bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien auch die Generalversammlung und den Aufsichtsrath für antragsberechtigt zu erklären, ist abgelehnt. Prot. 120—122.

2) Für den Antrag eines K.Gläubigers gelten die allgemeinen Vorschriften des § 97. Zum Antrage berechtigt ist natürlich nur ein Gläubiger der Gesellschaft. Der Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters hat nur das Recht, das Guthaben seines Schuldners aus der Gesellschaft durch Arrest und Zwangsvollstreckung zu verfolgen bez. zu diesem Zwecke die Fortdauer der Gesellschaft zu kündigen. H.G.B. Art. 119 ff., 126.

3) Zu Erklärungen und Anträgen des G.Schuldners (§§ 129, 152, 179, 192, 78, 97, 123) sind die Liquidatoren berechtigt, wenn solche bestellt sind, sonst die sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschafter selbst bez. die nach der Auflösung von ihnen bestellten Vertreter berechtigt. Mit der K.Eröffnung und der dadurch bewirkten Auflösung der Gesellschaft erlischt nebst der produktiven Thätigkeit derselben für den bisherigen Zweck auch die gegenseitige Prokura der Gesellschafter. Makower Anm. 1 zu H.G.B. Art. 123 und Hahn S. 420 ff. In Betreff des Ausfalls, welcher gegen das Privatvermögen eines Gesellschafters geltend gemacht wird, ist keine Ausnahme gemacht; indeß ist auch nicht (wie im § 197) festgestellt, daß die Wirkung einer im Gesellschaftskonkurse erfolgten Feststellung, Bestreitung oder Nichtbestreitung über den Gesellschaftskonkurs hinaus für den Angriff des Privatvermögens wirkt. Im Falle eines solchen Angriffs muß der Gläubiger nachweisen, daß eine solche Gesellschaftsschuld vorliegt, für welche der Ange=

griffene persönlich haftbar ist. Den Pflichten der G.Schuldnerin im Konkurse sind die Liquidatoren, wenn solche bestellt sind, sonst die persönlich haftenden Gesellschafter bez. ihre nunmehrigen Vertreter unterworfen. Vgl. Anm. 1 zu § 194.

§ 200.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden.

Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein Anderes festsetzt, zugleich den Umfang der solidarischen Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen.[1)]

E. I. 223. P. 289. 290.

1) Zwangsvergleich. Daß zum Abschluß des Zwangsvergleichs jeder persönlich haftende Gesellschafter zuzuziehen ist und einzuwilligen hat, auch wenn er nicht zur Vertretung der Gesellschaft befugt wäre oder nicht zu den etwa bestellten Liquidatoren gehörte, beruht auf der persönlichen Haftung aller Gesellschafter und dem ihrem gemeinsamen Interesse entsprechenden Bedürfnisse einheitlichen Resultats. Aus demselben Grunde stellt Abs. 2 die kraft Gesetzes (nicht als bloße Vermuthung) wirkende Regel auf, daß durch den Akkord auch das Privatvermögen nicht über die akkordmäßig bewilligten Rechte hinaus belastet wird, sofern nicht mit Rücksicht auf die Freiheit des Vertragswillens der Vergleich selbst ausdrücklich andere Festsetzungen trifft, nach welchen eine weitere Belastung des Privatvermögens vorbehalten bliebe oder bestimmt würde. Dasselbe ist auch als nach dem bisherigen Rechte bereits geltend im R.O.H. 25, 124 angenommen, weil zwar der Einzelne für die Gesellschaftsschulden nach Art. 112 H.G.B. solidarisch haftet, aber doch nicht weiter, als die Gesammtheit mit dem Gesellschaftsvermögen zu haften hat, und weil demnach ein Ausfall nicht vorhanden ist, sofern der Gläubiger erhält, was als Gesellschaftsschuld festgestellt oder vereinbart ist. Die Kommanditisten und etwaige Liquidatoren außer den persönlich haftenden Gesellschaftern sind wegen fehlender persönlicher Haftung zum Akkorde nicht zuzuziehen. Mot. 448.

Im Uebrigen finden für den Z.Vergleich die Vorschriften der §§ 160—187 Anwendung. In Folge der Nothwendigkeit des Abschlusses des Z.Vergleichs seitens aller persönlich haftenden Gesellschafter darf ein Grund der Unzulässigkeit des Z.Vergleichs (§§ 162, 172) bei Keinem derselben vorliegen, um denselben zulässig zu machen; und giebt der Betrug Eines bez. der betrügliche Bankerutt Eines der Gesellschafter den Gläubigern die in den §§ 173, 182—184 bestimmten Rechte.

Wird der Konkurs durch Schlußvertheilung beendigt, so ist die Gesellschaft unbedingt aufgelöst und es kann dann nur noch die Haftung der einzelnen Gesellschafter in Frage kommen. Vgl. Anm. 3 zu § 199 und Anm. zu § 201. Wird indeß der Konkurs durch Z.Vergleich oder Einstellung beendigt, so können die Wirkungen der Feststellung nach §§ 179, 192 der dann weiter bestehenden Gesellschaft gegenüber anwendbar sein, sofern Forderungen festgestellt und von den Vertretern der Gesellschaft nicht bestritten sind.

§ 201.

Wenn Gesellschaftsgläubiger in einem über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters eröffneten Konkursverfahren ihre Befriedigung wegen des Ausfalls suchen,[1)] welchen sie in dem Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen erleiden,[2)] so sind bei den Ver-

theilungen die Antheile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht.[3)]

Im Uebrigen finden auf die vorstehend bezeichneten Forderungen die Vorschriften der §§ 57, 88 entsprechende Anwendung.[4)]

E. I. 224. P. 288. 291.

1) Die Gesellschaftsgläubiger hinsichtlich ihres Ausfalls im Gesellschaftskonkurse (vgl. Anm. 1 zu § 198) und die Privatgläubiger sind im Konkurse über das Privatvermögen des persönlich haftenden Gesellschafters gleichgestellt. Im H.G. Art. 122 (nach Art. 169 auch für Kommanditgesellschaften anwendbar) war es der Landesgesetzgebung vorbehalten, „zu bestimmen, ob und wie weit den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zusteht." Dieser Vorbehalt ist durch die Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften über das K.Verfahren im E.G. § 4 und durch K.O. § 3 Abs. 1 beseitigt. Die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche ein solches Absonderungsrecht festsetzen, sind aufgehoben und die Landesgesetzgebung kann auch künftig nicht mehr ein Absonderungsrecht bestimmen. Vgl. Einl. § 4. In den Gebieten des preuß., bayer. und französ. Rechts, also in dem bei weitem größten Theile des deutschen Reiches, ist auch bisher schon den Privatgläubigern kein Vorzugs- oder Absonderungsrecht vor den Gesellschaftsschuldnern gegeben. Dagegen war es denselben in Würtemberg, Sachen, Baden, Hannover, Mecklenburg, Oldenburg, Braunschweig, Kurhessen, Anhalt, Hamburg, Lübeck, Bremen und Frankfurt a. M. (wie auch in England und Nordamerika) auf Grund jenes Vorbehalts eingeräumt. In der R.K. wurde in beiden Lesungen beantragt, daß die Gesellschaftsgläubiger erst nach Befriedigung der Privatgläubiger befriedigt werden sollten. Die Anträge sind jedoch abgelehnt. Prot. 122—125, 190—196.

2) Das R.O.H. verstand unter dem im H.G. Art. 122 bezeichneten Ausfalle nur denjenigen Betrag, welchen der Gesellschaftsgläubiger durch Geltendmachung seines Anspruchs im Gesellschaftskonkurse nicht habe erhalten können, und nimmt an, daß Art. 122 dem Gläubiger die Pflicht auflege, seine Befriedigung zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen, und daß derselbe im Privatkonkurse den Betrag nicht beanspruchen könne, welchen er durch eigenes Verschulden aus dem Gesellschaftskonkurse sich vergeben hat. R.O.H. 17, 290, 291, 352. Bei der Erörterung in der R.K. wendete hiergegen Hagens mit Recht ein: abgesehen von der praktischen Unausführbarkeit der Berechnung eines solchen Betrages, falls der Gläubiger nicht oder nicht früh im Gesellschaftskonkurse angemeldet hat, und von der legislativen Unzuträglichkeit, dem Gläubiger den Verzicht auf den Gesellschaftskonkurs zu beschränken, obgleich er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dazu berechtigt ist, lege auch Art. 122 dem Gläubiger eine solche Verpflichtung nicht auf. Ausfall im Sinne des Art. 122 ist der Betrag, welchen der Gläubiger im Gesellschaftskonkurse thatsächlich, gleichviel aus welchem Grunde, nicht erhalten hat. Prot. 191—193. Für die K.O. ist dies jetzt um so mehr festgestellt, als im Abs. 2 der § 57 und damit die Zulässigkeit des Verzichts auf die gänzliche oder theilweise Betheiligung im Gesellschaftskonkurse ohne nachtheiligen Einfluß für den Privatkonkurs anwendbar erklärt ist.

3) Im E. I. § 224 war bestimmt: „Wenn neben dem Gemeinschuldverfahren über das Gesellschaftsvermögen auch über das Privatvermögen eines oder mehrerer persönlich haftender Gesellschafter ein Gemeinschuldverfahren eröffnet wird, so können die Gesellschaftsgläubiger nur wegen des Ausfalls, welchen sie in jenem erleiden, ihre Befriedigung in dem letzteren suchen (Abs. 2). Auf diesen Ausfall finden die §§ 66, 70 Anwendung." Die §§ 66, 70 E. I. entsprechen den jetzigen §§ 57, 61 der K.O. Bei der

Berathung in der Vork. wurde eingewendet, daß die Gesellschaftsgläubiger bei unbedingter Anwendung der Vorschriften über Absonderungsberechtigte für die Vertheilungen unpassend gestellt seien; sie müßten dann nach §§ 141, 144 bei Abschlagszahlungen den muthmaßlichen Ausfall glaubhaft machen und bei Schlußvertheilungen würde, falls dann der Ausfall noch nicht erweislich ist, für sie nur im Falle ihres Verzichtes auf den Gesellschaftskonkurs ein Antheil zahlbar. Es wurde vielmehr beabsichtigt, die Gesellschaftsgläubiger besser zu stellen, als die gewöhnlichen Absonderungsgläubiger, weil ihr Absonderungsobjekt (das Gesellschaftsvermögen) kein Theil des Privatvermögens ist. Der Grundsatz des § 61, daß der Gläubiger den vollen Betrag in jedem, also auch im Privatkonkurse anmelden könne, wurde daher im E. § 201 Abs. 1 mit der besonderen Bestimmung (statt §§ 141, 144) aufgenommen, daß der Antheil zurückzubehalten, bis der Ausfall feststeht. Dem E. § 201 Abs. 1, welcher mit dem jetzigen Abs. 1 gleichlautend ist, wurde als Abs. 2 beigefügt: „Auf die vorstehend bezeichneten Forderungen findet die Vorschrift des § 88 entsprechende Anwendung.“ In der R.K. wurde sodann bei der die gesammte Stellung der Gesellschaftsgläubiger umfassenden Berathung als Abs. 2 die jetzige Bestimmung angenommen, daß im Uebrigen die §§ 57 und 88 entsprechende Anwendung finden. Prot. 190—196. Mot. 451, 452. Durch die Bezugnahme und Anwendbarkeit des § 57 ist darnach außer dem in Anm. 2 bemerkten Ergebniß auch ferner festgestellt, daß der Gläubiger im Privatkonkurse immer nur seinen Ausfall als Konkursforderung für die Dividendenberechnung zu Grunde legen kann. Irrig bestimmt daher Petersen S. 513 die Bedeutung auf den selbstverständlichen Satz: Der Gläubiger könne im Privatkonkurse nicht mehr als den Ausfall erhalten; vielmehr kann er im Privatkonkurse immer nur die entsprechenden Prozente des Ausfalls erhalten.

Das Rechtsverhältniß hinsichtlich der Betheiligung der Gesellschaftsgläubiger ist demnach: Sie können im Privatkonkurse niemals mehr verlangen, als ihren Ausfall. Die Ausfallsforderung ist im Privatkonkurse gleichberechtigt mit den Forderungen der Privatgläubiger, ohne daß die Letzteren ein Vorrecht oder Absonderungsrecht hinsichtlich der Masse haben. Die Gesellschaftsgläubiger können aber in beiden Konkursen die ganze Forderung anmelden (§ 61). Die Dividende ist auch im Privatkonkurse auf die volle Forderung für Abschlags- wie für Schlußvertheilungen zu berechnen und (auch nach der Schlußvertheilung) zurückzubehalten; hierfür ist § 156 anwendbar. Die Auszahlung an sie können die Gläubiger nur verlangen, wenn der Ausfall beim Gesellschaftsvermögen feststeht, und zwar ist bei der Auszahlung die Dividende nur nach der Höhe des Ausfalls als ihrer Privatkonkursforderung zu berechnen und zu zahlen. Sie können indeß auch auf die Geltendmachung ihrer Forderung im Gesellschaftskonkurse ganz oder in Höhe eines Theils verzichten, und steht dann durch den Verzicht in Höhe des verzichteten Betrages der Ausfall fest. Vgl. Anm. 4 zu § 142, Anm. 5 zu § 155. — Die Feststellung im Gesellschaftskonkurse hat keine Judikatwirkung für den Privatkonkurs, vgl. Anm. 3 zu § 199.

4) Der § 88 (Stimmrecht nach Höhe des muthmaßlichen Ausfalls) findet Anwendung, so lange der Ausfall noch nicht feststeht. Ueber die Anwendbarkeit des § 57 vgl. vorst. Anm. 2, 3.

§ 202.

II. Für das Konkursverfahren über einen Nachlaß[1]) ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

E. I. 19. 73. P. 319. 320. 114. 115.

1) II. Konkurs über einen Nachlaß, §§ 202—206. Der Konkurs über den Nachlaß ist auf den Namen des Erblassers und im Gerichtsstande der Erbschaft (C.P.O.

§ 28) zu eröffnen. Der Erblasser wird als G.Schuldner angesehen. Die Erben bez. die zur Vertretung des Nachlasses nach Landesrecht befugten Personen: Nachlaßkuratoren, Testamentsexekutoren u. s. w. sind die Vertreter des G.Schuldners. Der Nachlaß ist ein rechtlich getrenntes Vermögensganzes und rechtfertigt dadurch die Eröffnung eines Konkurses über denselben. Es soll hieraus jedoch nicht gefolgert werden, daß die K.O. den Nachlaß als eine juristische Person umfaßt. Mot. 452. Bestehen bleibt freilich äußerlich, sowie sachlich der Unterschied, daß der Konkurs nicht über das Vermögen des Erblassers, wie es in einem früheren Zeitpunkte seines Lebens bestand, §§ 1, 100, sondern über seinen Nachlaß d. h. sein Vermögen zur Zeit seines Todes eröffnet wird. Ist bei Lebzeiten des Schuldners über sein Vermögen Konkurs eröffnet und stirbt derselbe während des Konkurses, so hat der Todesfall auf den Konkurs keinen sachlichen Einfluß; soweit die Thätigkeit des G.Schuldners in Betracht kommt, treten nur die Erben an die Stelle des Erblassers mit den in Anm. 2 zu § 205 näher angegebenen Rechten und Pflichten hinsichtlich der formalen Stellung im Konkurse und mit den, den Erben nach dem bürgerlichen Rechte zustehenden materiellen Rechten und Pflichten hinsichtlich ihrer Verhältnisse zu dem Nachlasse und zu den Nachlaßgläubigern.

Begriffliche Voraussetzung für den Konkurs über einen Nachlaß ist, daß nur der Nachlaß den Gläubigern für ihre Forderungen haftet, bez. daß der Erbe sie auf den Nachlaß allein verweisen kann, oder ein Erbe noch fehlt. Der Konkurs über einen Nachlaß kann also nur eröffnet werden, wenn ein Erbe fehlt (oder noch fehlt) oder wenn der Erbe Benefizialerbe ist. Hat der Erbe dagegen die Erbschaft ohne die Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so ist er persönlich Schuldner der Gläubiger; die Sonderung des Nachlasses vom Vermögen des Erben und die Ueberschuldung oder Suffizienz des Nachlasses (§ 203) sind dann rechtlich bedeutungslos. Ist der Erbe zahlungsunfähig, so ist über sein Vermögen Konkurs zu eröffnen. Ueber das Separationsrecht vgl. § 43.

In den Mot. ist bemerkt: „Sofern unter mehreren Erben der Nachlaß kraft des Gesetzes in verschiedene Erbtheile zerfällt" (nomina ipso jure divisa) „oder zufolge Auseinandersetzung der Miterben getheilt ist, so kann ein K.Verfahren auch über den Erbtheil eines unbekannten oder eines mit der Rechtswohlthat erbenden Miterben stattfinden, vorausgesetzt, daß der Erbtheil im Verhältniß zu den Antheilen der anderen Miterben und im Verhältniß zu dem eigenen Vermögen des Erben ein rechtlich getrenntes, selbständiges Vermögen bildet. Ueber diese Voraussetzungen entscheidet das Civilrecht, vgl. u. A. Art. XVIII. des preuß. Ges. v. 3. Februar 1864 betr. Einf. d. K.O. in d. Bez. Ehrenbreitstein". Mot. 452. Diese Abweichung vom § 1 kann man in der K.O. nur ausgedrückt finden, wenn man unter „Nachlaß" im § 202 auch einen solchen Nachlaßtheil versteht was von dem juristischen Sprachgebrauche abweicht, indeß in vulgärer Sprache auch gesagt wird. Nach den Mot. ist anzunehmen, daß der Begriff eines Nachlasses im § 202 außer der technischen auch diese Bedeutung haben soll. In dem angezogenen E.G. für Ehrenbreitstein ist die Eröffnung des K.Verfahrens über die Erbtheile positiv vorgeschrieben.

§ 203.

Die Eröffnung des Verfahrens setzt die Ueberschuldung[1)] des Nachlasses voraus.[2)]

E. I. 100. P. 322. 323. 114. Nr. 2. 357.

1) Im Falle der Ueberschuldung des Nachlasses und nur in diesem Falle ist der Konkurs zu eröffnen. Den suffizienten Nachlaß mögen die Gläubiger mit den gewöhnlichen Prozeßmitteln angreifen und wenn der Erbe zahlungsunfähig wird, kann über dessen Vermögen Konkurs eröffnet werden. Der insuffiziente Nachlaß, ein Vermögens-

inbegriff, dessen Schicksal abgeschlossen ist, gebührt den Gläubigern zufolge ihres entsprechenden K.Anspruchs, zufolge des Grundsatzes, daß der Erbe nur auf bona deducto aere alieno Anspruch hat, und zufolge des hierauf beruhenden Separationsrechts der Gläubiger zur gemeinsamen Verwendung. Mot. 453, 454.

Für die K.Eröffnung hat die Zahlungseinstellung des Erblassers keine andere Bedeutung, wie die eines Beweismomentes für die Ueberschuldung. Sofern der Konkurs eröffnet wird, behält jedoch auch die Zahlungseinstellung ihre Bedeutung hinsichtlich der Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers oder des Erben bez. der Aufrechnung, §§ 33, 48 Nr. 3. Sowohl die Zahlungseinstellung des Erblassers als die des Erben hinsichtlich der Erbschaftsschulden können dabei in Betracht kommen. Die Vorschriften des § 23 bleiben dabei in ihrem Wortlaute anwendbar; namentlich tritt auch nicht etwa eine Kenntniß von der Ueberschuldung an die Stelle der Kenntniß von der Zahlungseinstellung. v. Völderndorff II. S. 605. Indeß hat die Kenntniß der Ueberschuldung seitens des Anfechtungsgegners ein um so größeres thatsächliches Gewicht hinsichtlich der Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger (§§ 23 Nr. 2, 24), als die durch das Nachlaßinventar direkt oder indirekt leicht nachweisbare Insuffizienz die unvermeidliche Ursache ist, weshalb alle (anderen) Gläubiger benachtheiligt werden müssen, wenn dem Nachlasse zu Gunsten eines Einzelnen etwas entzogen wird.

2) Nach dem E.G. z. C.P.O. § 15 Nr. 3 bleiben „die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren", durch die C.P.O. unberührt. Demgemäß ist dies Gebiet auch fernerhin der landesgesetzlichen Gesetzgebung unterworfen. Mit Rücksicht hierauf ist durch das preuß. Ges. v. 28. März 1879 betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger im Geltungsbereiche des A.L.R. das s. g. erbschaftliche Liquidationsverfahren unter Aufhebung der bisherigen Vorschriften der preuß. K.O. v. 8. Mai 1855 §§ 342 bis 361 anderweit geregelt, um dem Benefizialerben eine einstweilige Befreiung von der Zwangsvollstreckung und eine Uebersicht der Schuldenmasse zu ermöglichen. Das Verfahren schließt eine Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß nicht aus und ist zur Einleitung der Eröffnung nicht nöthig; wird vielmehr durch eine inzwischen erfolgende K.Eröffnung unterbrochen. Wegen der einzelnen Bestimmungen vgl. Anm. 3 zu § 43.

§ 204.

Die Eröffnung des Verfahrens wird nicht dadurch gehindert, daß der Erbe noch eine Ueberlegungsfrist hat.[1)]

E. I. 101. P. 324.

1) Weder ein Antrag des Erben, noch eines Gläubigers auf K.Eröffnung, noch diese selbst sollen dadurch gehindert werden, daß der Erbe noch eine Ueberlegungsfrist hat. Der entgegengesetzte Grundsatz der P. § 324 hat erfahrungsmäßig in unzähligen Fällen die Rechte der Gläubiger empfindlich verletzt. Er hatte auch keine Berechtigung. Der Grundsatz, daß der Erbe während der Deliberationsfrist sich nicht auf Forderungen einzulassen und Prozesse nicht fortzusetzen braucht (A.L.R. I. 9 § 386, vgl. Code civ. art. 797, l. 22 § 11 Cod. de jure delib.) sollte nur das Drängen zu Dispositionen vermeiden, welche das Recht auf Erbschaftsentsagung oder auf die Rechtswohlthat oder die Innehaltung der Prioritätsordnung gefährden könnten. Dies ist indeß nicht in Rede, wenn zumal bei einem überschuldeten Nachlasse der Konkurs eben das Mittel giebt, alle Gläubiger gesetzlich und gleichmäßig zu befriedigen, während Entsagung und Rechtswohlthat dadurch nicht verkümmert werden, sondern ungeschmälert bleiben; wie auch nach gemeinem und französ. Rechte die Frist kein Hinderniß für die K.Eröffnung ist. Die nicht seltenen Fälle, in welchen mehreren Erben nacheinander die Erbschaft anzubieten ist, verweisen

gerade bei insolventen Nachlässen andernfalls die Gläubiger auf eine ganz unbestimmte Zukunft unter problematischer Sorgfalt für die Erhaltung und Sicherung des Nachlasses. Mot. 454, 455.

§ 205.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist jeder Erbe oder Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlaßgläubiger berechtigt.[1)]

Wird der Antrag nicht von allen Erben oder Nachlaßvertretern gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Erben oder Nachlaßvertreter nach Maßgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.[2)]

E. I. 99. 102 ff. P. 321. 326. 335. Abs. 2. 338.

1) Jeder Erbe, jeder nach Landesrecht zur Vertretung des Nachlasses Berechtigte und jeder Nachlaßgläubiger (ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Absonderungsrecht zusteht, § 43, oder nicht) ist einzeln zum Antrage berechtigt. Ein Legatar ist indeß nach § 56 Nr. 4 nicht K.Gläubiger bez. Nachlaßgläubiger im Sinne des § 205, wenngleich das Separationsrecht des § 43 auch ihm vorbehalten ist. Ohnehin bleibt bei der für die K.Eröffnung im § 203 vorausgesetzten Ueberschuldung des Nachlasses für den Legatar nichts übrig; er hat also auch kein Interesse zum Antrage auf Konkurseröffnung.

2) Die Rechte des G.Schuldners zu Erklärungen und Anträgen im Konkurse sind von der Gesammtheit der Erben bez. der Nachlaßvertreter auszuüben. Dies folgt aus der Gemeinschaft ihrer Befugnisse über den Nachlaß. Vgl. Anm. zu § 206. Ob und wieweit die Erben auch einzeln ihre Miterben dabei vertreten und für diese handeln können, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Hinsichtlich der Pflichten der Einzelnen finden entsprechend die Bemerkungen in Anm. 1 zu § 194 Anwendung. Im E. I. § 19 war vorgeschrieben: die Vorschriften des Gesetzes über das Verhältniß des G.Schuldners zur Gemeinmasse sollten auf den Erben Anwendung finden. Dies ist gestrichen, theils weil der Satz im Allgemeinen selbstverständlich, theils weil seine allgemeine Fassung nicht unbedenklich war. Prot. 15, 117. Auch hier, wie im Falle des § 194 werden die Vorschriften der §§ 92, 93 Abs. 2, 115 gegen jeden der Erben anwendbar zu erachten sein. Koch zu P. § 14. — Hinsichtlich der Anfechtung der Rechtshandlungen des Erblassers, G.Schuldners bez. der Erben vgl. Anm. 1 zu § 203; sie ist zu unterscheiden von der Anfechtung gegen die Erben dessen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung begangen ist, des Anfechtungsgegners, welche im § 33 behandelt ist.

§ 206.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller Erben oder Nachlaßvertreter geschlossen werden.[1)]

E. I. 19. 166.

1) Der Grund liegt in der Gemeinschaftlichkeit der Befugnisse. Mot. 456. Ein Theil der Erben kann nicht über den Erbtheil eines Miterben disponiren. Unter den „allen Nachlaßvertretern" sind die Vertreter des ganzen Nachlasses bez. aller Nachlaßantheile zu verstehen, so daß keine Erbquote unvertreten bleibt. Sind testamentarisch für den gesammten Nachlaß mehrere Testamentsvollstrecker mit der Bestimmung ernannt, daß Einer oder Einige allein wirksam den Nachlaß vertreten können („sammt oder sonders" preuß. A.L.R. I. 12 § 557; I. 13 §§ 208, 209), so genügt deren Erklärung für den Zwangsvergleich, sowie zur sonstigen Ausübung der Rechte des G.-Schuldners.

§ 207.

III.[1]) Besitzt ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensgegenstände im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig.[2])

Ausnahmen von dieser Bestimmung können unter Zustimmung des Bundesraths durch Anordnung des Reichskanzlers getroffen werden..[3])

E. I. 219. 220. P. 292—296.

1) Ueber die Grundsätze der K.O. hinsichtlich des Verhältnisses zu ausländischen G.Schuldnern vgl. Einl. § 4 u. Anm. zu § 4. Die §§ 207, 208 finden keine Anwendung, soweit Staatsverträge entgegenstehen. Denselben kann und soll die K.O. nicht derogiren.

Das Uebereinkommen zwischen Preußen und Oesterreich v. 12. Mai u. 16. Juni 1844 bestimmt: Das in einem Staate befindliche bewegliche Vermögen eines dem andern Staate angehörigen, in diesem letzteren in Konkurs gerathenen Schuldners wird, wenn derselbe im ersteren Staate mit Grundstücken nicht ansässig ist, an das ausländische K.Gericht auf dessen Requisition ausgeantwortet, ohne zuvor einen Spezialkonkurs im Inlande einzuleiten; selbst wenn Arreste darauf angelegt sind. Pfand- und Retentionsrechte, welche vor Ausbruch des Konkurses erworben sind, bleiben aufrecht; solche Gläubiger brauchen sich in den Konkurs nicht einzulassen und die Objekte vor ihrer Befriedigung nicht auszuantworten.

Besitzt der Kridar im Inlande unbewegliches Vermögen, so wird auch das bewegliche Vermögen nicht ausgeliefert, sondern „auf Antrag der Betheiligten" von dem kompetenten Gerichte, in dessen Bezirke sich das unbewegliche Vermögen befindet, über alles im Inlande befindliche Vermögen ein besonderer Konkurs eröffnet. Schuldforderungen werden zum beweglichen Vermögen gerechnet, außer wenn sie vermöge besonderer Bestimmungen Bestandtheile eines unbeweglichen Besitzthums ausmachen oder ihnen nach der Gesetzgebung des betreffenden Staates die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beigelegt ist.

Bei dem Konkurse des einen Staates werden die Gläubiger des anderen Staates den inländischen Gläubigern völlig gleichgestellt. Die Einwohner der preuß. Rheinprovinz, von Ungarn und von Siebenbürgen, sind von dieser Konvention nicht berührt. Preuß. G.S. 1844 S. 165.

Vgl. ferner Vertrag des Deutschen Reichs mit Oestreich-Ungarn v. 25. Februar 1880 betreffend Beglaubigung von Urkunden, R.G.Bl. 1881 S. 3. — Preuß. Abkommen mit Rußland wegen des unmittelbaren Geschäftsverkehrs zwischen den Justizbehörden der preuß. Grenzprovinzen und des Gerichtsbezirks Warschau v. 4. Febr. 1879, G.S. S. 138 (enthält keine sachlichen Bestimmungen).

2) Im § 207 ist eine Einschränkung des in Einl. § 4 bezeichneten Prinzips angeordnet. Besitzt der G.Schuldner eines ausländischen Konkurses Vermögensobjekte im Inlande, so soll gegen die sonstige Regel des § 11 und abweichend vom Grundsatze, daß alle zur K.Masse gehörigen Objekte dem K.Gerichte auszuantworten sind, die Zwangsvollstreckung zulässig sein, sofern nicht gemäß Abs. 2 Ausnahmen bestimmt werden. Nach C.P.O. § 24 ist gegen Personen, welche im deutschen Reiche keinen Wohnsitz haben, der Gerichtsstand des Bezirks, in welchem sich Vermögensobjekte derselben befinden, wegen vermögensrechtlicher Ansprüche begründet, wesentlich um die inländischen Gläubiger hinsichtlich dieser Objekte zu schützen. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ist im Abs. 1 als Regel aufgestellt, weil die Anwendung einer allgemeinen Rechtsregel keinen fremden Staat verletzen kann; die Anwendung .der Ausnahme erscheine dann

entgegenkommend und sichere die Gegenseitigkeit, während bei umgekehrter Regel nicht füglich einem Staate gesagt werden könne, daß man gerade ihm nicht traue und doch das Mittel der Retorsion in Ermangelung eines allgemein gültigen internationalen Rechts nicht entbehrt werden könne. Ein Antrag auf Streichung des § 207 ist in der R.K. abgelehnt. Prot. 196—200.

Ob der Schuldner, gegen welchen der Antrag gerichtet wird, ein Inländer oder ein Ausländer ist, begründet für die Anwendung des § 207 keinen Unterschied. Auch das Recht auf Zwangsvollstreckung nach § 207 haben sowohl Ausländer als Inländer. Andere Voraussetzungen, als der Wortlaut des § 207 angiebt, sind für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht zu verlangen. Da das Gesetz nicht unterscheidet, so ist die Z.Vollstreckung zulässig ohne Rücksicht darauf, ob der Titel als vollstreckbarer schon zur Zeit der K.Eröffnung vorhanden war oder erst später entstand oder wirksam wurde. Eine Beschränkung auf Forderungen, welche schon zur Zeit der K.Eröffnung vollstreckbar waren, ist auch weder nach den Mot., noch nach dem Vorbilde: P. § 293 beabsichtigt. Die K.O. setzt nach den Mot. voraus, daß die ausländischen K.Verwalter auch das im Inlande befindliche Vermögen zur ausländischen K.Masse einzuziehen befugt sind und hiervon ist nur die im § 207 vermerkte Beschränkung „in Verfolg des § 24 C.P.O." und um den Zweck des § 24 zu sichern, aufgestellt. „Insoweit bestätigt § 207 das zumeist geltende Recht, vgl. preuß. K.O. § 293." Mot. 457, 458. Nichts deutet darauf, daß der Schutz dieses Zwecks nur solchen Gläubigern zu Gute kommen soll, welche schon vor der K.Eröffnung von dem Gerichtsstande des § 24 C.P.O. Gebrauch gemacht haben. Vielmehr ist die insoweit übereinstimmende Vorschrift des § 293 P. in R.O.H. Bd. 2 S. 69, 70 mit Recht dahin ausgelegt, daß auch nach der K.Eröffnung inländische Gläubiger durch Klage im inländischen Vermögensgerichtsstande und durch Arrest die Verabfolgung inländischer Vermögensstücke nach dem Auslande verhindern können.

In Allem Uebrigen, soweit §§ 207, 208 keine Ausnahme bestimmen, behält der ausländische Konkurs seine Wirkung, also auch insbesondere hinsichtlich der Beurtheilung der Handlungsfähigkeit des ausländischen G.Schuldners. Vgl. Einl. § 4 S. 25. Dies ist daher auch in den gemäß C.P.O. §§ 24, 796 u. K.O. § 207 im Deutschen Reiche zu veranlassenden Prozeß-Arrest- bez. Zwangsvollstreckungs-Verfahren zu beachten. Mot. 457. Der in England in Konkurs gerathene G.Schuldner kann auch im Deutschen Reiche nicht mehr sich selbst vertreten, sondern ist durch seinen trustee zu vertreten, und müssen an diesen die Zustellungen erfolgen. C.P.O. §§ 50, 157. Mit Unrecht meint v. Sarwey S. 734: da die ausländische K.Eröffnung ohne Wirkung hinsichtlich der inländischen Z.Vollstreckung sei, müsse „folgerichtig" der Schuldner, „insoweit es sich um sein inländisches Vermögen handelt, dispositions- und prozeßfähig sein." Ein solcher Schluß wäre indeß nur richtig, wenn § 207 bestimmte, daß die ausländische K.Eröffnung auf ein Verfahren hinsichtlich des inländischen Vermögens ohne Einfluß sei. Statt dessen soll sie nur der Zulässigkeit der Z.Vollstreckung nicht entgegenstehen. Unter welchen Voraussetzungen und Formen, und nach welchem vorangegangenen Verfahren die Z.Vollstreckung verwirklicht werden kann, richtet sich nach den hier nicht modifizirten allgemeinen Grundsätzen. Der von Sarwey ferner angezogene § 53 C.P.O. würde, richtig angewendet, zur entgegengesetzten Konsequenz dahin führen: „nur soweit nach deutschem Rechte ein G.Schuldner prozeßfähig ist, gilt auch ein ausländischer G.Schuldner als prozeßfähig", mithin nicht hinsichtlich der Konkursmasse, von welcher das im In- oder Auslande befindliche Vermögen einen Theil bildet.

3) Nicht Ausnahmen einer Ministerial-Justiz für einzelne konkrete Fälle, sondern allgemeine Ausnahmen bestimmten Staaten gegenüber bez. unter bestimmten allgemeinen Voraussetzungen sind im Abs. 2 zur gegenseitigen politischen Ausgleichung ver-

standen. Mot. 458. Prot. 196—200. Vgl. vorst. Anm. 1, 2. Sind Staatsverträge vom deutschen Reiche oder von einzelnen Bundesstaaten abgeschlossen, so sind diese zunächst maßgebend.

§ 208.

Ein Konkursverfahren über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat,[1] findet statt, wenn derselbe zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes im Inlande eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden.[2]

Dasselbe gilt, wenn ein Schuldner, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand,[1] im Inlande ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaftet.[3]

Für das Verfahren ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Niederlassung oder das Gut sich befindet.

Ist im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet, so bedarf es nicht des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit zur Eröffnung des inländischen Verfahrens.

1) Wodurch der allgemeine Gerichtsstand bestimmt wird, ist nach C.P.O. §§ 13—19 und G.V. §§ 18—21 zu entscheiden. Ob der Schuldner Inländer oder Ausländer ist, ist für die Anwendung des § 208 gleichgültig. Voraussetzung ist jedoch, daß der Schuldner im Deutschen Reiche keinen allgemeinen „Gerichtsstand" hat, (im Gegensatze zu § 64), also auch nicht nach C.P.O. § 18 begründeten. Dabei ist indeß zu beachten, daß C.P.O. § 18 sich nur auf diejenigen bezieht, welche überhaupt keinen Wohnsitz haben. Ein Deutscher, welcher im Auslande seinen Wohnsitz hat (C.P.O. § 13), unterliegt dem § 208, auch wenn er früher im Deutschen Reiche seinen Wohnsitz gehabt hat. A.M. v. Völdernndorff II. S. 615. — Vom § 208 sind auch die Reichsangehörigen und Schutzgenossen nicht ausgenommen, welche in einem Konsulargerichtsbezirke wohnen oder sich aufhalten und über welche daher der Konsul als Amtsgericht den Konkurs eröffnen kann. Ges. v. 10. Juli 1879 §§ 1, 12, 14. Die Gerichtsbarkeit des Konsuls hat zwar als eine deutsche zu gelten. Durch die Unterwerfung unter diese Gerichtsbarkeit hat der Schuldner aber immerhin keinen Gerichtsstand „im Deutschen Reiche" und die praktischen Verkehrsrücksichten bei der Entfernung des Konsuls von dem Orte der Niederlassung bez. des Gutes lassen auch eine Abweichung von der aus dem Wortlaute sich ergebenden Anwendung des § 208 nicht wünschenswerth erscheinen.

2) Für Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines andern Gewerbes (Abs. 1) Bezug haben, und für Klagen, welche die auf die Bewirthschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen (Abs. 2), ist auch außer dem Falle des Konkurses und auch gegen die im Deutschen Reiche Wohnenden der Gerichtsstand der Niederlassung bez. des Gutes nach C P.O. § 22 begründet. Die Selbständigkeit einer Niederlassung bez. einer Gutsbewirthschaftung ist legislativ für die Zulassung eines solchen Spezialkonkurses bestimmend gewesen. Mot. 458. Indeß umfaßt der Konkurs, welcher beim Vorhandensein der Voraussetzungen der Abs. 1, 2 eröffnet wird, gemäß der ausdrücklichen Vorschrift im Abs. 1 alles im Inlande befindliche Vermögen des G.Schuldners, ohne Rücksicht darauf, ob es in Beziehung zur Niederlassung oder zum Gute steht. Als Ort, wo sich das Ver-

mögen befindet, gilt bei Forderungen der Wohnsitz des Schuldners, und wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo sich die Sache befindet, C.P.O. § 24. Vgl. Anm. 1 zu § 207.

Abs. 1. Die übrigen Voraussetzungen für den Konkurs nach Abs. 1 und 2 mit Ausnahme der negativen, daß der Schuldner keinen allgemeinen Gerichtsstand im Deutschen Reiche hat, entsprechen genau dem § 22 C.P.O. Im Abs. 1 wird a) eine „Niederlassung" des Schuldners im Deutschen Reiche verlangt, d. h. eine Einrichtung, vermöge welcher der Ort als örtlicher Mittelpunkt eines Geschäftsbetriebes dient und zwar b) zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines andern Gewerbes, wobei jedoch das „Gewerbe" gemäß der regelmäßigen Bedeutung dieses Worts in der C.P.O. im weitesten Sinne jede einen Erwerb bezweckende Thätigkeit umfaßt. Nöthig ist ferner c) eine solche Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden; ausgeschlossen also eine solche, welche nur zur Ausführung (Fabrikation, Absendung ꝛc.) dient, oder welche nur die Vermittelung von Geschäftsabschlüssen zum Gegenstande hat (Agenturen ꝛc.). Auch Eisenbahnstationen sind als nur zur Ausführung und Vermittelung für die Eisenbahn-Gesellschaft dienend vom Reichsgerichte nicht für Niederlassungen im Sinne des § 22 C.P.O. erklärt. (Jurist. Wochenschrift 1881 S. 4). — Sind jene Erfordernisse vorhanden, so ist es gleichgültig, ob der Schuldner die Niederlassung als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter „hat"; auch ob er den Betrieb selbst ausübt oder durch Vertreter ausüben läßt; er muß jedoch die Niederlassung zum Betriebe für sich „haben", und nicht blos als Verwalter für einen Andern Fabrik, Handlung oder Gewerbe betreiben.

3) Abs. 2. Im Abs. 2 wird verlangt, daß der Schuldner im Inlande a) ein Gut bewirthschaftet, d. h. ein zum Betriebe von Ackerbau, Viehzucht bez. von ländlichen Gewerben dienendes Ackergut, ohne Unterschied, ob es auf dem Lande oder in einer Stadt liegt. A.L.R. I. 2 § 48. Strieth. 51, 7. Das Gut muß zugleich b) Wohn- und Wirthschaftsgebäude haben, also nicht blos ein Wohngebäude ohne Wirthschaftsgebäude, auch nicht blos Wirthschaftsgebäude ohne Wohnhaus. c) Der Schuldner muß es „als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter" bewirthschaften. Ob persönlich oder durch Vertreter, macht keinen Unterschied. Letzteres wird die Regel sein, da der Schuldner im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand, also keinen Wohnsitz haben soll. Ausgeschlossen ist eine Verpachtung des Gutes, bei welcher er nichts mehr zu bewirthschaften hat, sowie die Verwaltung eines Gutes für Andere.

Drittes Buch.

Strafbestimmungen.

Während im Allgemeinen im E.G. des Strafgesetzbuchs § 2 Abs. 1 „das Reichs- und Landes-Strafrecht, soweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des St.G. sind", außer Kraft gesetzt wurde, war im § 2 Abs. 3 jenes E.G. bestimmt: „Bis zum Erlasse eines Reichsgesetzes über den Konkurs bleiben diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nichts bestimmt." Durch die Strafvorschriften der §§ 281—283 St.G. sollte diese Materie nicht vollständig geordnet sein, sondern hierzu der Erlaß der

Civilgesetzgebung für den Konkurs behufs einheitlicher Behandlung abgewartet werden. Daher wurden einstweilen reichsgesetzlich nur die in den §§ 281—283 St.G. bezeichneten Handlungen (im Gegensatze zur: „Materie" E.G. § 2 Abs. 1) geregelt. Demgemäß waren bisher neben den §§ 281—283 St.G. noch für Preußen die §§ 307—309, 340, 341 der P.K.O. v. 8. Mai 1855, Art. 52 E.G. z. H.G. und §§ 261 Nr. 4, 262 des preuß. St.G.B. v. 14. April 1851 in Kraft geblieben. Vgl. Rüdorff Komment. 2. Aufl. S. 79 Note 8 u. S. 473 ff. Anm. zu Abschn. 24.

Durch den Erlaß der K.O. ist jetzt jener Vorbehalt erledigt und sind damit alle Landesgesetzgebungen über die Materie des Bankerutts im Sinne des E.G. z. St.G. § 2 Abs. 1 außer Kraft gesetzt. Neben der durch das E.G. z. K.O. § 3 Nr. 3 ausdrücklich ausgesprochenen Aufhebung der §§ 281—283 St.G. folgt die Aufhebung aller Landesgesetzgebungen aus § 4 des E.G. z. K.O. und daraus, daß der Vorbehalt im § 2 Abs. 3 a. a. O. mit dem Eintritte des bezeichneten Zeitpunkts fortgefallen ist. Die Materie ist deshalb hier erschöpfend behandelt, auch über die Fälle einer K.Eröffnung hinaus, um nicht zweierlei neben einander hergehende Strafgesetze zu haben. Mot. 459, 460. Prot. 125. Die Bestimmungen der §§ 281—283 St.G. hatten nur Kaufleute betroffen, eine Beschränkung, worüber nach den Mot. dazu die endgültige Bestimmung ebenfalls der gemeinsamen K.O. vorbehalten bleiben sollte. Rüdorff Komment. S. 473 Anm. 1. In Uebereinstimmung mit der sonstigen gleichmäßigen Behandlung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten ist auch in der K.O. die Bestrafung der G.Schuldner auf Nichtkaufleute ausgedehnt. Mit dieser Ausdehnung sind die §§ 281—283 St.G. in den §§ 209, 210, 212 K.O. im Wesentlichen sachlich aufgenommen und durch die Vorschriften der §§ 211, 213, 214 ergänzt. Neben diesen Strafbestimmungen der §§ 209—214 sind nur noch die in Anm. 2 zu § 214 bezeichneten Vorschriften in Geltung geblieben. — Zur Erläuterung für diesen strafrechtlichen Theil der K.O., welcher auch insofern das Gebiet der K.O. überschreitet, als er nicht nur nach einer K.Eröffnung, sondern auch nach einer Zahlungseinstellung ohne K.Eröffnung anwendbar ist, muß wesentlich auf die strafrechtliche Litteratur verwiesen werden.

---

§ 209.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist,[1] werden wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen,[2]

1. Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben,[3]
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder theilweise erdichtet sind,[4]
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag,[5] oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, daß dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren.[6]

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

E. I. 257. St.G. 281.

1) Zu §§ 209—211. Im Str.G. § 281 lautete der Anfang: „Kaufleute, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, werden" u. s. w. Die jetzige Bezeichnung des der Be-

strafung unterworfenen Subjekts, welche für alle Fälle einer Bestrafung des Schuldners nach den §§ 209—211, 214 die gleiche ist, beruht auf der der K.O. entsprechenden Absicht, die Kaufleute und Nichtkaufleute gleich zu behandeln. Vgl. Vorb. vor § 209. — Die Zahlungseinstellung (im Sinne des § 94) genügt zur Bestrafung, auch wenn (z. B. wegen § 99) nicht Konkurs eröffnet ist. Falls der Konkurs eröffnet ist, erübrigt dies einen Beweis der Zahlungseinstellung. Dagegen genügt nicht statt einer Zahlungseinstellung eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 94, weil „den sonstigen Merkmalen einer Zahlungsunfähigkeit, außer einer Zahlungseinstellung, die bezeichnende Erkennbarkeit fehlt, um die Handlung mit Strafe bedrohen zu können". Mot. 460.

2) Im § 209 wird der betrügliche Bankerutt behandelt. Mit Ausnahme der in Anm. 1 bemerkten Abweichung hinsichtlich des Subjekts ist der gesammte übrige Inhalt des § 209 gleichlautend mit Str.G. § 281. Charakteristisch für den betrüglichen Bankerutt neben den unter Nr. 1 bis 4 bezeichneten positiven Handlungen des Schuldners ist, daß er eine derselben „in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen" begangen hat. Für den verbrecherischen Dolus genügt daher, daß er das Bewußtsein gehabt hat, daß durch seine Handlung seine Gläubiger benachtheiligt werden müssen, da alsdann vernünftigerweise auf die Absicht zu schließen ist. Aus dem Kausalzusammenhange der Handlungen mit der Benachtheiligung der Gläubiger ist auf dies Bewußtsein bez. die Absicht zu schließen. Steht andererseits dies Bewußtsein fest, so ist zum Thatbestande des § 209 der Nachweis eines Kausalzusammenhanges zwischen den in Nr. 1 bis 4 bezeichneten Handlungen mit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung nicht nöthig.

Die Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger braucht nicht gerade gegen alle Gläubiger gerichtet zu sein und ist auch dann vorhanden, wenn unter Begünstigung eines Gläubigers oder Einiger die Anderen benachtheiligt werden sollen. Auch eine Erschwerung oder Verzögerung der Liquidation ist eine Benachtheiligung.

Für die Theilnahme am betrüglichen Bankerutt gelten die allgemeinen Grundsätze des Str.G. §§ 47—50. Dieselben werden auch namentlich nicht durch § 212 beseitigt, vgl. Anm. 2 zu § 212 und Anm. zu § 211.

Die in Nr. 1—4 bezeichneten Handlungen können der Zahlungseinstellung bez. K.-Eröffnung vorhergehen oder nachfolgen. Goltd. 23, 59. Oppenh. Rechtspr. 16, 90. Ist die K.Eröffnung bez. die Zahlungseinstellung zur Zeit der Handlungen noch nicht erfolgt, so werden die Handlungen nur unter der Voraussetzung, daß Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung erfolgt, strafbar. Vollendet ist das Delikt, sobald alle Momente einschließlich dieser Voraussetzung zusammen vorliegen, und ist darnach der Beginn der Verjährung zu bestimmen. Liegen mehrere der unter Nr. 1—4 genannten Einzelhandlungen vor, so begründet dies nicht die mehrmalige Begehung des Verbrechens, also keine reale Konkurrenz im Sinne der §§ 74—79 Str.G. Goltd. 22, 270; 23, 501. Opp. Rechtspr. 15, 223; 16, 771. Dagegen können betrüglicher (§ 209) und einfacher (§ 210) Bankerutt realiter konkurriren. Rüdorff S. 232, 233, 479.

3) Zu Nr. 1. Ein Beiseiteschaffen von Vermögensstücken kann auch dadurch erfolgen, daß ein vom Schuldner begünstigter Gläubiger zur Befriedigung für sich dieselben unter Benachtheiligung der anderen Gläubiger erhält. Vgl. § 211. Beiseiteschaffen setzt die Fortschaffung an einen andern Ort voraus, ist also bei Immobilien nicht denkbar. — Das Beiseiteschaffen der nicht zur K.Masse zu ziehenden Objekte (§ 1, C.P.O. § 715, z. B. unentbehrlicher Kleidungsstücke) sowie des nach der K.Eröffnung Erworbenen ist nicht strafbar. Rüdorff S. 479 Anm. 6.

4) Zu Nr. 2. Die Anschuldigung, Schulden oder Rechtsgeschäfte erdichtet zu haben, muß dem Schuldner bewiesen werden. Er braucht nicht seinerseits die Existenz derselben zu beweisen.

5) Zu Nr. 3. Die Vorschriften unter Nr. 3 und 4 sind auch jetzt ihrem Inhalte nach nur auf Kaufleute, und zwar im Sinne des Art. 4 H.G. (Rüd. S. 477 Anm. 2) anwendbar. Mot. 460. Für Nr. 3 ist außerdem vorausgesetzt, daß der Schuldner zur Führung von Handelsbüchern gesetzlich verpflichtet ist. Nach Art. 28, 10 H.G. ist zu entscheiden, welche Kaufleute Handelsbücher zu führen haben. Entscheidend ist die gesetzliche Pflicht, welche jedem persönlich haftenden Gesellschafter obliegt; abweichende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, durch welche einzelne Gesellschafter davon befreit sein sollen, befreien von der Strafe nicht und sind nicht zu berücksichtigen. Opp. R. 13, 579; 16, 88; 17, 393. — An eine civilgerichtliche Entscheidung über die Eintragung in das Firmenregister oder überhaupt hinsichtlich der Qualität des Kaufmannes ist der Strafrichter nicht gebunden; er hat selbständig zu entscheiden. Auch die Veranlagung zur Steuer ist nicht entscheidend. Opp. R. 14, 350.

6) Zu Nr. 4. Für Nr. 4 ist es gleichgültig, ob der Schuldner gesetzlich verpflichtet war, Handelsbücher zu führen. Auch der Nichtverpflichtete wird, wenn er Handelsbücher geführt hat, durch ein Verhalten gegen Nr. 4 strafbar. — Alle von Nr. 4 betroffenen Handlungen, auch das Vernichten oder Verheimlichen, werden nur strafbar, wenn die übrig gebliebenen Handelsbücher nicht mehr die Vermögensübersicht gewähren. Die Vernichtung oder Verheimlichung einzelner hat hier, wie zu § 210 Nr. 2, wenn die übrigen zur Vermögensübersicht genügen, die Bestrafung nicht zur Folge. Opp. R. 13, 298. Die Uebersicht muß jedoch dem Zwecke der Vorschrift entsprechend einem sachverständigen Dritten zu gewinnen möglich sein; es genügt nicht, daß der G.Schuldner selbst aus dem Erhaltenen sich genügend informiren kann.

§ 210.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist,[1] werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie[2]

1. durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind,[3]
2. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, daß sie keine Uebersicht ihres Vermögenszustandes gewähren,[4] oder
3. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.[5]

E. I. 258. 259. 261. St.G. 283.

1) Im § 283 Str.G. lautete der Anfang: „Kaufleute, welche ihre Zahlungen eingestellt haben.“ Vgl. Anm. 1 zu § 209. Der übrige Inhalt des § 210 ist mit Ausnahme einer Aenderung unter Nr. 3 (Anm. 5) mit § 283 Str.G. wörtlich gleichlautend.

2) Im § 210 ist der einfache Bankerutt behandelt. Im Gegensatz zum betrüglichen des § 209 sind für denselben lediglich die Thatmomente unter Nr. 1—3 entscheidend. Es bedarf weder einer Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, noch überhaupt eines besonderen strafrechtlichen Dolus, noch eines Kausalzusammenhanges zwischen den Hand-

lungen und der Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung. — Auch hier, wie für den § 209, begründet ein Zusammentreffen mehrerer der unter Nr. 1—3 bezeichneten Handlungen die Annahme einer Real-Konkurrenz, Opp. R. 17, 384. Der Nachweis eines Dolus oder einer Fahrlässigkeit ist nicht erforderlich, Opp. R. 12, 509; 14, 523. Die Verjährung (Str.G. §§ 67 ff.) beginnt, wenn die Handlungen unter Nr. 1—3 der Zahlungseinstellung bez. K.Eröffnung vorausgegangen sind, erst mit dem Zeitpunkte der letzteren. Opp. R. 13, 647. Die über die Fälle zu Nr. 1—3 hinausgehende Vorschrift des preuß. Str.G. v. 1851 § 261 Nr. 4 über weitere Bestrafung wegen einfachen Bankerutts ist als ungerechtfertigt nicht aufgenommen. Mot. 460, 461.

3) Zu Nr. 1. Zur Anwendung von Nr. 1 muß zur Zahlungseinstellung bez. K.-Eröffnung noch Beides hinzukommen:

a. das Verbrauchen oder Schuldig-werden übermäßiger Summen und b. die Verursachung der Schulden durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren.

Gemeint ist jedes Spiel, nicht blos ein solches mit Waaren oder Börsenpapieren, wie die Gleichstellung mit dem Aufwande zeigt. Differenzgeschäft ist ein Handelsgeschäft, bei welchem das Eintreten unbestimmter und unvorherzusehender, insoweit also auch zufälliger Ereignisse mit in Anschlag gebracht wird. Es ist nicht nothwendig, daß die Absicht nur auf Zahlung der Differenz, nicht auf wirkliche Lieferung gerichtet war. Opp. R. 12, 435; 13, 255.

4) Zu Nr. 2. Nr. 2 und 3 sind auch jetzt nach ihrem Inhalte nur auf Kaufleute anwendbar. Es gelten darüber die Bemerkungen in Anm. 5, 6 zu § 209. Indeß abweichend von § 209 Nr. 4 ist hier für den ganzen Inhalt der Nr. 2, also auch für die Strafbarkeit der Verheimlichung, Vernichtung oder unordentlichen Führung erforderlich, daß der Schuldner gesetzlich verpflichtet ist, Handelsbücher zu führen.

5) Zu Nr. 3. Unter Nr. 3 wird das Zuwiderhandeln gegen die Vorschriften des H.G. Art. 29 ff., 10 über das Ziehen der Bilanz mit Strafe bedroht. Die Bilanz ist der Abschluß, welcher das Vermögen und die Schulden des Kaufmanns in einem bestimmten Zeitpunkte darstellt; derselben „liegt die Idee einer fingirten augenblicklichen allgemeinen Realisirung sämmtlicher Aktiva und Passiva zum Grunde, wobei jedoch davon ausgegangen werden muß, daß in Wirklichkeit nicht die Liquidation, sondern vielmehr der Fortbestand des Geschäftes beabsichtigt wird und daß daher bei der Ermittelung und Feststellung der einzelnen Werthe derjenige Einfluß unberücksichtigt zu lassen ist, welcher eine Liquidation auf dieselben ausüben würde." R.O.H. 12, 15 ff., 19.

Im § 283 Str.G. lautet Nr. 3: „es unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der gesetzlich vorgeschriebenen Zeit zu ziehen". Die veränderte Fassung in Nr. 3 ist gewählt, um die Beschränkung von Nr. 3 auf Kaufleute aufrecht zu erhalten und insbesondere nicht „Geschäftsbücher" den kaufmännischen Handelsbüchern gleichzustellen, Mot. 460.

§ 211.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt

haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.[1])

E. I. 259. P. 308. 340

1) Die Begünstigung einzelner Gläubiger seitens des Schuldners ist im § 211 unter bestimmten Voraussetzungen mit besonderer Strafe bedroht. Dadurch ist jedoch nicht vorgeschrieben, daß, wenn eine Begünstigung von Gläubigern nach anderen Vorschriften strafbar ist, so z. B. als Betrug oder als betrüglicher Bankerutt (§ 209 Nr. 1, 2), diese Vorschriften nicht anzuwenden seien. Vgl. Stieglitz S. 712, 713. — Die für § 211 erforderliche objektive Handlung zu Gunsten des Gläubigers ist mit Rücksicht auf § 23 Nr. 2 bestimmt: Die Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung, welche der Gläubiger nicht oder nicht in der Art oder nicht in der Zeit (der Gewährung) zu beanspruchen hatte. Fortgelassen und für § 211 somit unerheblich ist die im § 23 Nr. 2 mit enthaltene zeitliche Beziehung vor oder nach der Zahlungseinstellung oder dem K.-Eröffnungsantrage. Subjektiv ist für den Schuldner dabei erforderlich a) die Kenntniß seiner eignen „Zahlungsunfähigkeit" und b) die Absicht, den berücksichtigten Gläubiger „vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen." Hat der Schuldner die Kenntniß, daß der Gläubiger zu der gewährten Sicherung oder Befriedigung nicht (bez. nicht in der Art oder Zeit) berechtigt ist, so muß er bei gleichzeitiger Kenntniß eigner Zahlungsunfähigkeit auch das Bewußtsein haben, daß, was er dem Begünstigten gewährt, den anderen Gläubigern entzogen werden muß, diese also dem Begünstigten nachgesetzt werden.

Eine besondere Strafbestimmung gegen Gläubiger gemäß P. §§ 309, 341, wenn sie nach erlangter Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder vom K.Antrage mit dem G.Schuldner zu ihrer Begünstigung und zum Nachtheil der übrigen Gläubiger kontrahiren sollte, wie die Mot. 461 bemerken, abgesehen vom Stimmenkauf nach § 213 nicht getroffen werden, weil die Gläubiger nur civilrechtlich zu treffen seien, da sie nur ihr Recht verfolgten. In Betreff der Bestrafung des begünstigten Gläubigers kommen indeß die allgemeinen Grundsätze über Theilnahme am Delikte zur Anwendung, St.G. §§ 47—50, da in Betreff dieser Beziehung das Gesetz keine Abweichung vorgeschrieben hat. So auch Reichsger. v. 21. März 1881 in Wallmann „Deutsche Juristenzeitung" V. S. 602. Vgl. Stieglitz S. 714, 715. A.M. v. Völdernndorff II. S. 649. Hinsichtlich der Frage, ob in weiterem Umfange eine Begünstigung von Gläubigern an dem Schuldner bez. auch an dem Gläubiger sachgemäß zu strafen ist, vgl. Verhandl. des 13. Juristentags Bd. 1 S. 36—85, Bd. 2 S. 212—229.

§ 212.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer[1])

1. im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist,[2]) Vermögensstücke desselben verheimlicht[3]) oder bei Seite geschafft hat,[3]) oder
2. im Interesse eines solchen Schuldners,[2]) oder, um sich oder einem Andern Vermögensvortheil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend gemacht hat.[4])

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark ein.

E. I. 262. St.G. 282.

1) Gegenstand des § 212 sind Handlungen Dritter d. h. Anderer als des Schuldners; sie mögen Gläubiger sein oder nicht. Auf die Strafbarkeit hat es keinen Einfluß, ob der Schuldner ebenfalls strafbar ist. Die Absicht, Gläubiger zu benachtheiligen, ist in den Fällen des § 212 nicht erforderlich, Opp. R. 13, 13, 18; 15, 175. Subjektiv ist erforderlich die vorsätzliche Vornahme der Handlung mit Kenntniß der eingetretenen Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung. Unkenntniß von Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung schließt die Strafe aus; diese müssen vorangegangen sein, da der Schuldner, um dessen Vermögen (aktives Nr. 1 oder passives Nr. 2) es sich handelt, als ein solcher vorausgesetzt wird, welcher schon seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen Konkurs eröffnet ist. Abweichend von den §§ 209—211 ist der Schuldner hier ein Anderer als der mit Strafe bedrohte; und weder grammatikalisch noch rationell ist es hier gleichbedeutend, ob Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung den Handlungen erst nachfolgen (gegen Fuchs S. 274). — Die Absicht muß für Nr. 1 darauf gerichtet sein, das Interesse des Schuldners zu fördern. Ob dies wirklich gefördert wird, ist gleichgültig; nöthig ist nur, daß die Handlungen im putativen Interesse des Schuldners vorgenommen werden. Für Nr. 2 ist alternativ die Absicht genügend, „sich oder einem Andern Vermögensvortheil zu verschaffen." — Das Verbrechen des § 212 ist ein selbständiges und vom betrüglichen Bankerutt getrenntes, so daß bei einem solchen Einverständnisse des Thäters mit dem Schuldner, welches sich als Theilnahme am betrüglichen Bankerutt charakterisirt, eine ideale Konkurrenz stattfindet. Fuchs S. 174, 175.

2) Im St.G. § 282 war statt: „eines Schuldners, welcher — worden ist" in Nr. 1 und statt: „eines solchen Schuldners" in Nr. 2 gesagt: „eines Kaufmanns, welcher seine Zahlungen eingestellt hat." Vgl. Anm. 1 zu § 209. Der sonstige Inhalt des § 212 ist mit St.G. § 282 gleichlautend; nur sind unter Nr. 2 noch die Worte: „in dem Verfahren" eingeschaltet.

3) Zu Nr. 1. Hinsichtlich der objektiven Handlungen der Nr. 1: Verheimlichen oder Beiseiteschaffen von Vermögensstücken des Schuldners vgl. Anm. 3 zu § 209 Nr. 1. Ein Verheimlichen kann auch im Abläugnen des Besitzes der K.Behörde gegenüber gefunden werden. Rüd. Kom. Anm. 3 zu § 282.

4) Zu Nr. 2. Daß die Forderung erdichtet sei, muß dem Angeschuldigten nachgewiesen werden, vgl. Anm. 4 zu § 209 Nr. 2. — Ein „Geltendmachen" erfolgt schon durch die Anmeldung bez. durch das Beanspruchen eines Stimmrechts, vgl. §§ 3, 56, 59. Die Worte „in dem Verfahren", fehlen im St.G. § 282, welcher nur die Zahlungseinstellung als Voraussetzung aufstellt. Im E. I. § 262, welcher nur die K.Eröffnung als Voraussetzung statuirte, wurden sie eingeschaltet. Im E. § 212 und in der K.O. § 212, worin die Zahlungseinstellung oder die K.Eröffnung als Voraussetzung aufgestellt sind, wurden sie beibehalten. Sie beschränken Nr. 2 auf Handlungen, welche in dem K.Verfahren oder in einem, durch die Zahlungseinstellung veranlaßten, Verfahren, erfolgt sind, einschließlich des Vorverfahrens über die Konkurseröffnung. Unrichtig ist es, lediglich ein Konkursverfahren zu verstehen, da auch das Verfahren wegen eines Schuldners in Frage sein kann, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, ohne daß Konkurs eröffnet ist. Ausgeschlossen sind jedoch außergerichtliche Verhandlungen, welche im Gesetze nirgends mit der technischen Bezeichnung: „Verfahren" begriffen werden.

§ 213.

Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder anderen Personen besondere Vortheile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, daß er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft.[1]

E. I. 263. P. 309. 341.

1) Stimmenkauf. Für den, im § 213 behandelten Stimmenkauf, verwandt mit der Bestechung, kann Subjekt jeder Konkursgläubiger sein, welcher als solcher nach §§ 87, 88 stimmberechtigt ist oder sein kann. Objektiv wird bestraft das Annehmen von Vortheilen und das Annehmen eines Vortheils-Versprechens für das Stimmen in gewissem Sinne; ohne Rücksicht darauf, wer verspricht oder gewährt, — ob dies vor oder nach der K.Eröffnung geschehen ist, vorausgesetzt jedoch, daß eine K.Eröffnung überhaupt erfolgt ist, ohne welche ein Abstimmen unmöglich ist. Das Vergehen ist vollendet mit der Annahme des Versprechens oder Vortheils, gleichgültig ob es zur Abstimmung wirklich gekommen ist. A.M. v. Völderndorff II. S. 657, 658. Die allgemeinen Vorschriften über die Theilnahme, Str.G. §§ 47—50 sind auch hier anwendbar. A.M. v. Völderndorff II. S. 656.

Das Vergehen, von besonderem Gewicht beim Zwangsvergleiche, betrifft jede Abstimmung bei Beschlußfassungen von Gläubigern, indeß auch nur wirkliche Abstimmungen, für welche Mehrheitsbeschlüsse in Frage sind, nicht das dem Gläubiger freistehende Geltendmachen der Rechte des Einzelnen im Prüfungsverfahren, bei Einwendungen gegen die Rechnung des Verwalters, bei Vertheilungen u. s. w.

§ 214.

Die Strafvorschriften der §§ 209—211 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung,[1] wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.[2]

E. I. 260. 264.

1) Die Vorschriften der §§ 209—211 finden auf die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren nicht unmittelbar Anwendung, weil sie nicht selbst Schuldner, sondern nur deren Vertreter sind. Opp. R. 15, 753. Die Vorschriften sollen indeß gegen sie anwendbar sein, wenn sie die Handlungen in ihrer bezeichneten Eigenschaft begangen haben. Vgl. auch E.G. § 6 und Anm. dazu. Für die Anwendbarkeit gegen Liquidatoren macht die Art der Handelsgesellschaft keinen Unterschied. Offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften sind eingeschlossen. Sofern in diesen keine Liquidation erfolgt, ist eine Ausdehnung der Strafbarkeit, wie sie für die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft bestimmt ist, nicht nöthig. Die Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sind nach §§ 209—211 direkt als G.Schuldner strafbar, die Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung mag das Gesellschafts-Vermögen oder ihr Privatvermögen betreffen. Sonstige Vertreter, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, unter-

liegen der direkten Bestrafung nicht, sondern können nur als Theilnehmer bez. Gehülfen betheiligt sein. — Die Handlungen der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren können gegen die Bestrafung nicht durch Gesellschaftsverträge oder Generalversammlungsbeschlüsse gedeckt werden, da durch Privatautonomie nicht erlaubt werden kann, was im öffentlichen Interesse strafrechtlich zu verfolgen ist.

2) Neben dem § 214 sind die Strafvorschriften des H.G. Art 249, 249a nebst Art. 240 (Reichsges. v. 11. Juni 1870), desgl. Art. 26, sowie des § 66 des Genoss.-Ges. v. 4. Juli 1868 durch das E.G. § 3 Abs. 1 aufrecht erhalten; ebenso als zum Schutze des Kredits nöthig gemäß E.G. § 5 Nr. 2 die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem G.Schuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellen, so preuß. E.G. z. H.G. (für den Bez. des Appell.-Ger. Köln) Art. 41, 52 § 2; E.G. z. H.G. für Elsaß-Lothringen Art. VII. Nr. 1.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben, Berlin den 10. Februar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

Einführungsgesetz zur Konkursordnung

vom 10. Februar 1877.

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Die Konkursordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetze in Kraft. 1)

1) Das E.G. z. G.V. § 1 bestimmt: „Das G.V. tritt im ganzen Umfange des Reichs an einem durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesraths festzusetzenden Tage, spätestens am 1. Oktober 1879, gleichzeitig mit der im § 2 des E.G. der C.P.O. vorgesehenen Gebühren-Ordnung in Kraft." Ein früherer Tag vor dem 1. Oktober 1879 ist nicht festgesetzt und sind daher mit diesem Tage G.V. und K.O. in Kraft getreten. Gleichzeitig sind als Reichsgesetze: die C.P.O., die Str.P., Rechts-Anw.O. v. 1. Juli 1878, das Anfecht.-Ges. v. 21. Juli 1879, das Ger.-Kost.-Ges. v. 18. Juni 1878, die Geb.-Ordn. f. Gerichtsvollzieher v. 24. Juni 1878, die Geb.-Ordn. f. Zeugen und Sachverständige v. 30. Juni 1878, die Geb.O. f. Rechtsanw. v. 7. Juli 1879, sowie das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879, R.G.B. S. 197, in Kraft getreten; desgleichen die landesgesetzlichen Ausführungs- und Uebergangsgesetze der einzelnen Bundesstaaten zu diesen Reichsjustizgesetzen. Hinsichtlich des in den Konsulargerichtsbezirken geltenden materiellen Rechts vgl. Vorb. 3 vor § 15; hinsichtlich der Modifikationen der Vorschriften über das Verfahren in denselben vgl. Anm. zu §§ 64–66, 68.

§ 2.

Gesetz im Sinne der Konkursordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm. 1)

1) Die gleiche Bestimmung enthalten § 7 E.G. z. St.P. und § 12 E.G. z. C.P.O. Sowohl für das materielle Recht (K.Recht), als für die Grundsätze hinsichtlich des Verfahrens ist in den Reichsjustizgesetzen jede mit staatlicher ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung geltende objektive „Rechtsnorm" unter dem Begriffe: „Gesetz" verstanden, ohne Rücksicht, ob die Rechtsnormen die materiellen oder formalen Rechte betreffen, der Reichs- oder Landesgesetzgebung (soweit letzteres überhaupt anwendbar ist), dem geschriebenen Rechte oder dem ungeschriebenen (dem Gewohnheitsrechte, den Handelsgebräuchen im Sinne des Art. 1 H.G.) angehören; ebenso ohne Rücksicht, ob sie zu den Fundamentalgrundsätzen eines Rechtssystems oder zu den Spezial- und Neben-Bestimmungen, Ausnahmevorschriften gehören, oder Folgerungen aus einer oder der andern

Klasse darstellen. Vgl. S. 37 und Anm. zu C.P.O. § 512. Vorausgesetzt ist die reichs- bez. landesverfassungsmäßige Erlassung und Publikation des geschriebenen Rechts bez. die verbindliche Geltung des ungeschriebenen. Dernburg I. §§ 16, 18, 19.

§ 3.

Die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Konkursordnung nicht berührt.[1)]

Aufgehoben werden:

1. die Vorschriften des § 51 des Gesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung des Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868, sowie die im § 48 desselben Gesetzes bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichts;[2)]
2. die Vorschriften der §§ 13—18 des Gesetzes, betreffend die Gewährung der Rechtshülfe, vom 21. Juli 1869;[3)]
3. die Vorschriften der §§ 281—283 des Strafgesetzbuches.[4)]

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe des § 13 der Konkursordnung unterbrochen wird.[5)]

Die Verjährung zu Gunsten eines zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters (§ 64 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868) wird auch durch Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen.[6)]

1) Ueber die Aufrechterhaltung der Vorschriften des H.G. vgl. Anm. zu §§ 3, 20, 23 Nr. 2, 25, 41 Nr. 8, 44, 67, 107, 201, 214; über den Einfluß des Konkurses auf bürgerliche, politische und Ehrenrechte vgl. Vorb. vor § 188; über Kautionen von Reichsbeamten: Ges. v. 2. Juni 1869 § 11 Abs. 2, vgl. Anm. 4 zu § 117. — Gemäß Verordn. v. 29. Decbr. 1867 betreffend die Einführung des preuß. Militärstrafgesetzbuches, B.G.B. S. 185 ff., 297 § 47 soll in Konkursen über das Vermögen von Militärpersonen das Konkursgericht die Thatsachen, welche auf strafbaren Bankerutt schließen lassen, dem zuständigen Militärgerichte mittheilen.

2) Zu Nr. 1 betr. eingetragene Genossenschaften und deren Mitglieder vgl. Anm. zu §§ 195—197.

3) Zu Nr. 2. Rechtshülfegesetz vgl. Einl. § 4. Soweit der Inhalt der §§ 13 bis 18 des Rechtshülfgesetzes v. 21. Juni 1869, B.G.Bl. S. 305 nicht durch die Allgemeingeltung der K.O. im Deutschen Reiche und durch G.V. §§ 157—169 bez. durch §§ 39, 57 der K.O. gedeckt wird, sind die Vorschriften der §§ 13—18 aufgehoben, um nicht gemäß E.G. § 3 Abs. 1 sonst neben den Vorschriften der K.O. außer dem bürgerlichen Rechte noch besondere K.Vorschriften zu sanktioniren. Insbesondere soll ein besonderer Gerichtsstand für die Geltendmachung der Rechte an beweglichen Sachen nach § 16 Abs. 1 jenes Ges. (neben C.P.O. § 25, K.O. § 64) nicht aufrecht erhalten bleiben, und ein Partikular- oder Spezialkonkurs nicht nach § 18 Abs. des cit. Ges., sondern nur nach § 208 eröffnet werden. Der § 17 Abs. 1 ist aufgehoben, um nicht den mißverständlichen Schluß zu rechtfertigen, daß das Zurückbehaltungsrecht aus § 17 auch denjenigen Pfandgläubigern und Retentionsberechtigten gesichert sei, welchen fortan ein Absonderungsrecht im Konkurse versagt ist. Mot. 465.

Der § 19 des Rechtshülfegesetzes ist aufrecht erhalten, vgl. Anm. 1 zu § 170. Er ist indeß im Wesentlichen durch den Grundsatz absorbirt, daß ohnehin zufolge der allgemeinen Geltung der C.P.O. und des G.V. im Deutschen Reiche die Rechtskraft der Entscheidung in einem Bundesstaate oder die Rechtshängigkeit vor einem Gerichte desselben überall die gleiche Geltung hat, soweit es sich um ordentliche streitige Gerichtsbarkeit handelt. Außerhalb einer solchen behält indeß § 19 noch seine Bedeutung für die Entscheidungen und die Rechtshängigkeit bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vor besonderen (anderen als den ordentlichen) Gerichten. Vgl. S. 24.

4) Zu Nr. 3. Strafbestimmungen vgl. §§ 209, 210, 212.

5) Zu Abs. 3. Wechselverjährung vgl. Anm. zu § 13.

6) Zu Abs. 4. Vgl. zu §§ 13, 195—197. Die zweijährige Verjährung der Forderung eines Genossenschaftsgläubigers gegen einen zur Zeit der K.Eröffnung ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafter soll nach § 64 Abs. 1 des Ges. vom 4. Juli 1868 (B.G.Bl. S. 431) durch Rechtshandlungen gegen die „fortbestehende" Genossenschaft unterbrochen werden. Auch nach der Auflösung durch den Konkurs besteht die Genossenschaft, ebenso wie eine Aktien- oder Handelsgesellschaft zum Zwecke der Liquidation noch fort. Vgl. Anm. 3 zu § 193, Anm. 3 zu § 198. Es erschien indeß bei der Berathung in der R.K. zweifelhaft, ob die Genossenschaft noch nach der K.Eröffnung als fortbestehende im Sinne des § 64 des Genoss.-Ges. zu betrachten sei und andererseits wünschenswerth, die Unterbrechung der Verjährung durch die Anmeldung im Genossenschaftskonkurse eintreten zu lassen. Die R.K. beschloß daher (anfänglich als § 197a) die Bestimmung des Abs. 4. Prot. 119, 190, 201.

§ 4.

Aufgehoben werden die Vorschriften der Landesgesetze über Konkurs-, Falliments-, Gant-, Debit-Verfahren, über gerichtliche, zur Abwendung oder Einleitung eines solchen Verfahrens dienende Stundungs- und Nachlaßverhandlungen, konkursmäßige Einleitungen, Vermögensuntersuchungen, über die Rechtswohlthat der Güterabtretung und die landesherrliche oder gerichtliche Bewilligung einer allgemeinen Zahlungsstundung,[1] sowie über das Konkursrecht,[2] insoweit nicht in der Konkursordnung auf dieselben verwiesen oder bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.

Aufgehoben werden die Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind.

1) Alle landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Verfahren (im Konkurse, oder zur Einleitung oder Abwendung eines Konkurses) betreffen, sind aufgehoben, auch wenn sie in den landesgesetzlichen Rechtsquellen nicht als Theil des K.Verfahrens behandelt sind; desgleichen alle Vorschriften über die Rechtswohlthat der Güterabtretung und General-Moratorien. Die Spezial-Moratorien sind gleichzeitig durch § 14 Nr. 4 E.G. z. C.P.O. abgeschafft.

2) Die landesgesetzlichen Vorschriften (Gesetz in dem Umfange des § 2 E.G.) über das Konkursrecht sind aufgehoben, und zwar hier, wie in Betreff des Verfahrens ohne Rücksicht, ob die Vorschriften in K.Ordnungen, Prozeßgesetzen, bürgerlichen Gesetzbüchern oder anderen Rechtsquellen enthalten sind. Ueber den Umfang des Begriffs des K.Rechts vgl. S. 33 ff.

Von der preuß. K.O. v. 8. Mai 1855 bleiben nur noch in Geltung:

a. die in den §§ 15, 55 Ausf.Ges. v. 6. März 1879 vorbehaltenen Vorschriften betreffend die Eintragung der Eröffnung oder Aufhebung des K.Verfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch (§ 150), vgl. Anm. zu § 106;
b. die §§ 46—71, betreffend die Rangordnung der Realgläubiger in Beziehung auf Immobilien, Seeschiffe 2c. und die §§ 416—420 betreffend die Vertheilung der Revenüen von Immobilien; vgl. Anm. zu § 39;
c. die §§ 435, 436 Abs. 1, 437 Abs. 1, 438, betreffend die Rechtswohlthat der Kompetenz, während ein Recht des G.Schuldners als solchen auf ein beneficium competentiae durch den vorstehenden § 4 aufgehoben ist. Vgl. Anm. 1 zu § 152. — Die §§ 1—45, 72—341 sind durch § 55 Ausf.Ges. v. 6. März 1879 aufgehoben. Die §§ 342—361 sind durch Ges. v. 28. März 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger aufgehoben und ersetzt, vgl. Anm. 3 zu § 43 und Anm. zu § 202. Die §§ 362 bis 382, 439 sind durch die Vorschriften der C.P.O. über Zwangsvollstreckungen ersetzt; die §§ 383—415 schon durch die Subhast.-Ordn. v. 15. März 1869 § 116 aufgehoben; die §§ 421—433 durch § 14 Nr. 4 E.G. z. C.P.O. beseitigt. An die Stelle von § 434 tritt C.P.O. § 749 Nr. 3; § 436 Abs. 2, 3 und § 437 Abs. 2 sind durch die Vorschriften der C.P.O. ersetzt. — Nach §§ 15, 54, 55 des preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 bleiben ferner von dem die Bestimmungen über Fallimente und Bankerutte enthaltenden dritten Buche des Rhein. Hand.-G. nur noch die Vorschriften des Art. 500 über Eintragung einer Hypothek für die Konkursgläubiger und der Art. 551 bis 553 über die der Ehefrau (auch ohne Eintragung) zustehende gesetzliche Hypothek an allen Liegenschaften ihres Ehemannes in Geltung.

§ 5.

Unberührt bleiben:

1. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter, oder Familienfideikommisse betreffen;[1]
2. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellen.[2]

1) Vgl. § 45.
2) Vgl. Anm. 2 zu § 214.

§ 6.

Die Bestimmungen der §§ 193, 194, 196, 214 der Konkursordnung finden auf Vereine und registrirte Gesellschaften, welche auf Grund der bayerischen Gesetze vom 29. April 1869, betreffend die privatrechtliche Stellung der Vereine sowie der Erwerbs- und Wirthschafts-Gesellschaften, bestehen, entsprechende Anwendung.[1]

1) Der § 6 betrifft zweierlei Personenvereinigungen des bayer. Rechts: die „Vereine" d. i. privatrechtliche Vereine, welche nicht Erwerbs-, sondern Wohlthätigkeits-, Bildungs-, Unterhaltungs-Zwecke und dergl. verfolgen, unter gerichtlicher Anerkennung ihrer Statuten Rechtsfähigkeit erlangen und als Organe einen Vorstand, Aufsichtsrath und Generalversammlung haben; und die „registrirten Gesellschaften" d. i. Erwerbs- und Wirthschafts-Gesellschaften, bei welchen die Solidarhaft statutenmäßig ausgeschlossen ist und die Mitglieder nur mit Einlagen und wiederkehrenden Beiträgen haften. Bayer.

Ges. v. 29. April 1869. Durch das Reichsges. v. 23. Juni 1873, R.G.B. S. 146, wurde das Reichsgenossenschaftsgesetz v. 4. Juli 1868 in Bayern eingeführt und auf die seit dem 1. August 1873 gegründeten eingetragenen Genossenschaften finden dort auch die §§ 195—197, 214 direkte Anwendung. „Registrirte Gesellschaften" können sich seit dem 1. August 1873 nicht mehr bilden. Dagegen bleiben nach § 2 Ges. v. 23. Juni 1873 für die bis zum 1. August 1873 gebildeten „registrirten Gesellschaften" die Bestimmungen des bayer. Ges. v. 29. April 1869 maßgebend. Auf diese „registrirten Gesellschaften" und auf die „Vereine" finden die Vorschriften des Buches II. Tit. 8 nach ihrem Wortlaute keine direkte Anwendung. Wegen der Aehnlichkeit der Verhältnisse mit Aktiengesellschaften bez. Genossenschaften sollen §§ 193, 194, 196, 214 entsprechend anwendbar sein. Mot. 469, 470. Prot. 135.

§ 7.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Famlie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Konkursordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.[1)]

1) Die gleichen Bestimmungen enthalten E.G. z. G.V. § 5, E.G. z. C.P.O. § 5, E.G. z. Str.P. § 4. Die Abweichungen betreffen besondere Gerichte oder Gerichtsstände, und Exemtionen von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen und von der Eidesleistung. Mot. z. G.V. 210, 211. In allen diesen Vorschriften der Einf.-Ges. sind nicht nur die bestehenden besonderen Vorschriften „in Ansehung der Landesherren, der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der fürstlichen Familie Hohenzollern" aufrecht erhalten, sondern es können auch in Ansehung ihrer neue landesgesetzliche Bestimmungen getroffen werden, wie aus dem Gegensatze der Fassung (vgl. E.G. z. G.V. § 6, z. K.O. § 8 Abs. 1) hervorgeht. Mot. z. G.V. S. 211.

Für Preußen: Rechtsangelegenheiten aller Art (mit Ausnahme des von Ausnahmen nicht berührten Grundbuchwesens) unter den Mitgliedern der Königl. Familie sind der Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte entzogen. Streitigkeiten unter denselben entscheidet der König. Die Angelegenheiten der s. g. unstreitigen Gerichtsbarkeit versieht das Ministerium des Königl. Hauses. Kab.-O. v. 11. Jan. 1819 zu Nr. 4, G.S. S. 2. Hinsichtlich der Betheiligung Dritter ist der persönliche Gerichtsstand des Königs und der Mitglieder der Königlichen Familie bei dem, mit dem Kammergerichte verbundenen Geheimen Justizrathe, Verordn. v. 2. Jan. 1849 § 11, Ges. v. 26. April 1851 Art. III. — Wegen der fürstl. Famlie Hohenzollern vgl. Accessionsvertrag v. 7. Dezbr. 1849, Preuß. Ges. v. 12. März 1850, Ges. v. 26. April 1851 Art. III., Erlaß v. 14. August 1852, G.S. S. 771.

§ 8.

Ein vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Konkursordnung auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung anhängig gewordenen Konkurssachen für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmungen zu erlassen.[1)]

1) Bei der derogatorischen Kraft der Reichsgesetze (Art. 2 Reichsverf.) kann künftig die Landesgesetzgebung nicht von den Vorschriften der K.O. abweichen, soweit dieselbe

nicht Vorbehalte enthält. Damit Abs. 1 nicht dahin ausgelegt wird, daß sie auch für die früher eröffneten K.Sachen keine gänzliche oder theilweise Anwendbarkeit der K.O. in Uebergangsbestimmungen gestatten könne, ist Abs. 2 beigefügt. Dafür, ob ein K.Verfahren vor dem 1. Oktober 1879 eröffnet ist, ist nur entscheidend, ob der nach den bisherigen Gesetzen das K.Verfahren bedingende Eröffnungsbeschluß vorher erlassen ist; nicht auch, ob er schon vorher rechtskräftig geworden oder unanfechtbar ist. Schon durch die Erlassung hat er seine bedingte Geltung gewonnen. A.M. v. Völderndorff z. E.G. S. XX. Ist über die vorher beschlossene Eröffnung noch in höheren Instanzen zu entscheiden, so sind für diese Entscheidung ebenfalls die bisherigen Gesetze maßgebend. A.M. v. Völderndorff a. a. O.

Soweit die bisherigen Gesetze selbst formell oder materiell eine Aenderung durch die Reichsjustizgesetze oder zulässigerweise durch anschließende Landesgesetzgebungen erlitten haben, werden selbstverständlich diese Aenderungen maßgebend; so z. B. die Aufhebung von Beschlagnahmen und Pfändungen von Sachen und Rechten, welche nach der C.P.O. nicht oder nur in geringerem Maße der Pfändung unterworfen sind, insbesondere von Gehältern, Pensionen und fortlaufenden Einkünften. Vgl. preuß. Uebergangsbest. v. 31. März 1879 § 16; v. Völderndorff in Busch Zeitschr. Bd. 2 S. 186 ff.

Für Preußen: Durch das preuß. Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 ist für die, schon vor dem 1. Oktober 1879 eröffneten K.Verfahren das materielle Recht landesgesetzlich nicht geändert. Für solche K.Verfahren bleiben gemäß den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die rückwirkende Kraft neuer Gesetze (A.L.R. Einl. § 14) und gemäß § 8 Abs. 1 die bisherigen Gesetze, wie sie unter Berücksichtigung der Reichsjustizgesetze bestehen, für das materielle Recht in unbedingter Geltung. Namentlich finden auch die §§ 17—36 Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 auf ein solches älteres K.Verfahren keine Anwendung, sondern nur auf ein Konkursverfahren, welches nach dem 1. Oktober 1879 eröffnet ist, zur Erhaltung und Sicherung von Rechten, welche vor dem 1. Oktober 1879 erworben bez. entstanden sind. — Dagegen sind auf Grund des § 8 Abs. 2 E.G. für das formelle Verfahren in den vor dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkursen in den §§ 37—50 Ausf.Ges. v. 6. März 1879 Uebergangsbestimmungen getroffen, um für jene Konkurse das Verfahren an die K.O. und die Reichsjustizgesetze möglichst anzuschließen. Durch diese Uebergangsbestimmungen werden hauptsächlich die Zuständigkeit der Gerichte für die älteren Konkurse und für die Streitigkeiten in denselben, sowie in Folge derselben, ferner das Zustellungswesen und das Verfahren für Beweiserhebung im Anschluß an die C.P.O. und das G.V. geordnet.

§ 9.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren[1]) finden die Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen[2]) auf eine vor dem bezeichneten Tage vorgenommene Rechtshandlung Anwendung,[3]) sofern nicht dieselbe nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen ist.[4])

1) Auf die nach dem Inkrafttreten der K.O. (oder am Tage des Inkrafttretens) eröffneten Konkurse finden alle Vorschriften über das Verfahren (Buch II.) unbedingte Anwendung; die Strafvorschriften (Buch III.) mit der Beschränkung des Str.G. § 2 Nr. 2, daß „bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung das mildeste Gesetz anzuwenden" ist, ohne Rücksicht darauf, ob das jetzt aufgehobene frühere Gesetz ein Reichs- oder Landesgesetz ist. Vgl. Rüdorff

Komm. S. 103—106. Vom ersten Buche sind die Vorschriften der §§ 1—21, 50—63 ebenfalls unbedingt auf die später eröffneten Konkurse anwendbar, weil sie die durch die K.Eröffnung begründeten Wirkungen derselben enthalten. Eine Modifikation erleidet indeß die Anwendbarkeit, §§ 8 9 der K.O. Die der bereits nach dem früheren Verfahren anhängigen Prozesse über Gegenstände der Aktivmasse sind nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen. E.G. z. C.P.O. § 18. Ueberg.-Ges. v. 31. März 1879 § 1. Sie werden nicht gemäß § 218 C.P.O. unterbrochen, wie die §§ 8, 9 K.O. voraussetzen; auf sie finden also C.P.O. § 218 und entsprechend auch die Vorschriften über Aufnahme nicht statt, sondern nach wie vor die Vorschriften der preuß. K.O. v 8. Mai 1855 § 8. Gruchot Beitr. Bd. 5 S. 460; Deutsche Ger.-Z. 1866, II. Sem. S. 235; Strieth. 60, 225. Vgl. Stieglitz S. 729 Anm.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Vindikationsvorschriften der §§ 35—38 führen die Mot. aus: Erweiterungen, welche von früheren K.Vorschriften über das außer einem Konkurse gesetzliche Vindikationsrecht hinaus für den Fall eines Konkurses statuirt sind, insbesondere also desfallsige Rechte, welche über den Inhalt des § 36 hinaus dem Verkäufer behufs der Rückforderung aus einem Konkurse früher bewilligt sind, fallen als Privilegien, welche nicht mehr anerkannt werden, für künftige Konkurse fort. Die Erweiterungen dagegen, welche in den §§ 36, 38 über frühere K.-Vorschriften hinaus festgesetzt sind, können in allen künftigen Konkursen geltend gemacht werden; die K.Gläubiger und der Verwalter in ihrem Interesse können hiergegen nicht die Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen einwenden, indem durch dieselben ihr Anspruch schon bei dessen Begründung mit der K.Eröffnung beschränkt ist. Die Beschränkungen, welche vom bisherigen K.Rechte den Eigenthümern bei Vindikation ihres Eigenthums auferlegt wurden und welche die K.O. nicht anerkennt (so insbesondere die den Ehefrauen bisher auferlegten Beschränkungen z. B. P. §§ 88—94) kommen fortan für künftige Konkurse in Wegfall; die K.Gläubiger bez. der Verwalter können solche früher zu Gunsten der K.Gläubiger aufgestellten Privilegien nicht mehr für sich geltend machen. „Dagegen würden die Beschränkungen der Konkursordnung, soweit sie nicht schon bei dem Erwerb der Eigenthumsrechte in Geltung waren, auf diese nicht zurückgreifen können. Indessen wird die einzige Beschränkung der K.O. die im § 37 der Ehefrau auferlegte Beweispflicht, im Grunde für kein Rechtsgebiet als eine Neuerung zu erachten sein (vgl. Mot. zu § 37 S. 180)." Mot. 471. Vgl. Prot. 135. Das Letztere muß allerdings namentlich auch für das preuß. Recht anerkannt werden. Die Beschränkung des § 37 ist nicht größer, sondern geringer, als die Beschränkungen, welche die P. §§ 88—93 (und A.G.O. I. 50 §§ 312—326) der Ehefrau für die Vindikation im Konkurse auferlegen. Die in der P. §§ 88 ff. allein zuläßigen Vindikationsgründe setzen sämmtlich den Nachweis eines Erwerbes aus eigenen Mitteln und nicht aus Mitteln des Mannes voraus. Sofern übrigens § 37 gegenüber dem Rechte, welches zur Zeit des Eigenthumserwerbs galt, eine neue Beschränkung einführte, würde § 37 der Ehefrau nicht entgegengesetzt werden können und zwar mit Rücksicht auf § 9 des E.G. Denn in Wirklichkeit statuirt § 37 für den Konkurs ein Anfechtungsrecht der K.Gläubiger bez. des Verwalters für dieselben, welches gegen ein an sich civilrechtlich gültig erworbene Eigenthum der Ehefrau in dem Falle gerichtet ist, wenn sie den Beweis des § 37 nicht führt. Hierin liegt die von Hullmann S. 367 Anm. 1 vermißte Beschränkung für das sofortige Inkrafttreten der K.O. Die entgegenstehende Ansicht würde gegen die allgemeinen und auch den §§ 8 ff. E.G. zu Grunde liegenden Rechtsgrundsätze wohlerworbene materielle Rechte rückwirkend in Frage stellen. Der Gegengrund von Petersen S. 556, daß es sich nur um die Beweislast handle, und hierüber die Gesetze zur Zeit der Entscheidung maßgebend seien, verkennt die Tragweite des § 37. Für denselben ist entscheidend nicht blos, daß sie ihren Erwerb erweisen muß, sondern was nach dem § 37

außer den sonstigen civilrechtlichen Bedingungen ihres Eigenthumserwerbs zur Gültigkeit ihres Erwerbes bez. zur Gewinnung des Rechts auf Aussonderung also in der Sprache der K.O.: „den K.Gläubigern gegenüber" nöthig ist und was sie in Folge dessen beweisen muß. Dernburg III. § 26 Anm. 7; Stieglitz S. 730. 731; v. Sarwey S. 754.

2) Aus den in Anm. 1 angegebenen Gründen sind besondere Vorschriften hinsichtlich der Anwendung auf vergangene Handlungen bez. erworbene Rechte nur gegeben für die Anfechtungen im § 9, für Aufrechnungen im § 10, für Absonderungsrechte bez. Vorrechte in den §§ 11—17. Die Bestimmungen sind systematisch derartig getroffen, daß die sofortige Anwendung auf die nach der Gesetzeskraft eröffneten Konkurse als selbstverständlich für alle diejenigen Vorschriften der K.O. vorausgesetzt ist, für welche nicht ausdrücklich eine Abweichung festgesetzt oder zugelassen ist. Vgl. Mot. zu §§ 9—17.

3) Der Grund für die im § 9 hinsichtlich der Konkursanfechtung aufgestellten Grundsätze liegt darin, daß das K.Anfechtungsrecht im Konkurse seine Begründung und seinen Ursprung hat. In der für den Konkurs sanktionirten Gestaltung beruht es auf dem Befriedigungsrechte der K.Gläubiger gegen einen Erwerber, welcher entweder unter bewußter Verletzung der Gläubigerrechte oder rechtlos gegenüber den Gläubigern erworben hat. Vgl. Vorbem. 1 vor § 22. Daraus folgt, daß die Anfechtung gegen einen Erwerber unstatthaft ist, welcher zu seinem Erwerbe zur Zeit und unter den Umständen desselben berechtigt war, daß dagegen abgesehen von einem solchen wohlerworbenen Rechte das Recht der Konkurszeit hinsichtlich der Zulässigkeit und der Voraussetzungen der Anfechtungen maßgebend ist. Demgemäß statuirt § 9 den Grundsatz, daß das zur Zeit der K.Eröffnung, nicht das zur Zeit der Rechtshandlung geltende Recht über die Anfechtbarkeit, deren Umfang, Wirkung, Form, Zeitdauer und subjektive Legitimation auch hinsichtlich der früher erfolgten Rechtshandlungen entscheidet. Ob sie früher nach den bisherigen Gesetzen hätten angefochten werden können, ist unerheblich. Nur das von der K.O. gewährte Anfechtungsrecht kann geltend gemacht werden, aber die Anfechtung überhaupt kann gegen das wohlerworbene Recht des Dritten dann nicht geltend gemacht werden, wenn derselbe zur Zeit seines Erwerbes nach damaligem Gesetze unanfechtbar erworben hat. Mot. 472. Aus gleichen Gründen ist auch das Anfecht.-Ges. v. 21. Juli 1879 im § 14 Abs. 2 auf die vor der Gesetzeskraft vorgenommenen Rechtshandlungen anwendbar erklärt, sofern diese nicht nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen sind.

4) Nach der Fassung des Gesetzes ist die Anwendbarkeit des Gesetzes auf frühere Rechtshandlungen die Regel und die Berufung des Dritten auf sein wohlerworbenes Recht die Ausnahme, für welche ihm das Gesetz einen Einwand gewährt. Dies Verhältniß von Regel und Ausnahme bestätigen auch die Mot. 472 als beabsichtigt. Demgemäß hat der Verwalter nur die Anfechtungsvoraussetzungen nach der K.O. zu beweisen und es ist Sache des Anfechtungsgegners, einwandsweise die Unanfechtbarkeit seines Erwerbes als Ausnahme nachzuweisen. Vgl. Hartmann Anf.-Ges. S. 95.

§ 10.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der §§ 42, 48 Nr. 3, 49 der Konkursordnung auf eine vor dem bezeichneten Tage abgetretene oder erworbene Forderung Anwendung, sofern nicht die

bisherigen Gesetze eine Aufrechnung zulassen oder eine Verpflichtung zum Schadensersatze nicht oder in geringerem Umfange begründen.[1]

1) Die §§ 47, 48 Nr. 1, 2 finden fortan in allen künftigen Konkursen unbedingte Anwendung; die Erweiterungen, welche § 47 über frühere Kompensationsbestimmungen für den Konkurs hinaus bestimmt, aus demselben Grunde, wie die Erweiterungen des Vindikationsrechts in §§ 36, 38 (Anm. 1 zu E.G. § 9) und die Vorschriften des § 48 Nr. 1, 2, weil sie die erst nach der K.Eröffnung entstandenen Aufrechnungsbefugnisse betreffen. Die im § 48 Nr. 3 bestimmte Unzulässigkeit einer Aufrechnung und die in §§ 42, 49 bestimmten Entschädigungspflichten beruhen auf dem Anfechtungsrechte und sind deshalb dieselben Grundsätze des § 9 darauf anwendbar erklärt. Mot. 472.

§ 11.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes über abgesonderte Befriedigung auf Pfand- und Vorzugsrechte Anwendung, wenngleich dieselben oder die Forderungen vor dem bezeichneten Tage erworben sind.[1]

1) Der § 11 hat die doppelte Bedeutung, positiv: daß die Absonderungsrechte, welche die K.O. gewährt (§§ 39—45) allen darin bezeichneten Ansprüchen zukommen, auch wenn die Rechte bez. die Forderungen schon vor dem Inkrafttreten der K.O. entstanden sind, und auch wenn denselben in den bisherigen K.Vorschriften ein Absonderungsrecht nicht eingeräumt war; negativ: daß gemäß § 3 die nach früheren K.Gesetzen bestandenen Absonderungsrechte in späteren Konkursen keine Anwendung mehr finden, soweit sie nicht in der K.O. aufrecht erhalten sind. Insbesondere sind die Vorrechte der gemeinrechtlichen generellen oder speziellen, nicht durch Besitz bez. Grundbuchseintragung geschützten, Hypotheken für alle späteren Konkurse aufgehoben. Es ist als Bedürfniß des Verkehrs und der einheitlichen Einführung der K.O. empfunden, die gemeinschädlichen Einrichtungen prinzipiell zu beseitigen. Von dieser Aufhebung der bisherigen Rechte sind der Landesgesetzgebung in §§ 12, 13 Ausnahmen insoweit zugestanden, als sie innerhalb bestimmter Grenzen Vorrechte im Sinne des § 54 gestatten kann. Absonderungsrechte dagegen kann auch die Landesgesetzgebung nach §§ 12, 13 nicht aufrecht erhalten und hinsichtlich dieser findet die K.O. auf spätere Konkurse daher unbedingt Anwendung. Mot. 473 ff. Prot. 136.

§ 12.

Insoweit Pfand- und Vorzugsrechte, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben[1] oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind,[2] zufolge der Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes ihre Wirksamkeit verlieren, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der im § 54 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen gewähren.

Ist das Pfand- oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners beschränkt, so kann das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt werden.[3]

Das durch die vorstehenden Bestimmungen vorbehaltene Vorrecht kann nicht gewährt werden für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlaß von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderung bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten. [4)]

1) Die Landesgesetzgebung kann den vertragsmäßigen, testamentarischen oder durch richterliche Verfügung begründeten, vor dem Inkrafttreten der K.O. erworbenen generellen oder speziellen Pfand- und Vorzugsrechten (also nicht den bisher gesetzlichen) ein Vorrecht hinsichtlich der Rangordnung der Gläubiger in der gesammten K.Masse gestatten. Die Erhaltung eines Pfandrechts, also eines Absonderungsrechts, welches sie von der Einlassung in den Konkurs befreite, und welches sie außerhalb des K.Verfahrens geltend machen könnten, ist ausgeschlossen (§ 2 Reichsverf.) Vorausgesetzt wird, daß vor der Gesetzeskraft der K.O. nach den damaligen gesetzlichen Vorschriften rechtsgültig ein Pfand- oder Vorzugsrecht durch Vertrag, durch letztwillige Verordnung oder durch richterliche Verfügung für den Berechtigten oder dessen Rechtsvorgänger schon erworben war. Ein Vertrag, welcher eine solche Erwerbung nur erst in Aussicht stellte, ein Testament, welches erst nach der K.Eröffnung eröffnet bez. wirksam wird, und ein Urtheil, welches eine richterliche Verfügung zulässig macht, genügen nicht; überhaupt nicht ein den Erwerb vorbereitender Akt, wenn zur Zeit der Gesetzeskraft der K.O. noch irgend etwas zur Perfektion des Erwerbes fehlte.

In Folge des § 39, welcher die Rangordnung der Ansprüche aus der Immobiliarmasse der Landesgesetzgebung überläßt und von der K.O. unberührt läßt, können als durch die K.O. unwirksam werdend nur Pfand- und Vorzugsrechte im gesammten Vermögen oder in einzelnen beweglichen Sachen in Frage kommen.

Um für den Fall der Zwangsvollstreckung außerhalb des Konkurses gegenüber der Pfändung (C.P.O. § 709) solchen früher erworbenen Rechten die gleiche Berücksichtigung zu gewähren, wie ihnen im § 12 gegenüber der K.Eröffnung gewährt ist, ist im § 23 E.G. z. C.P.O. der Landesgesetzgebung gestattet, insoweit Pfand- oder Vorzugsrechte, welche vor dem 1. Oktober 1879 auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben sind, gegenüber einem Pfandrechte, welches durch eine Pfändung nach dem 1. Oktober 1879 begründet wird, zufolge des § 709 Abs. 2 C.P.O. ihre Wirkung verlieren würden, für die Forderung des Berechtigten das bisherige Vorrecht zu gewähren. Die Frage ist, wie sich diese hiernach zulässigen Vorrechte zu den im Konkurse geltend zu machenden Rechten verhalten. Sie kommt namentlich in beiden Mecklenburg (Schwerin und Strelitz) zur Sprache. Daselbst ist von beiden Befugnissen gemäß § 12 E.G. z. Konk.O. und gemäß § 23 E.G. z. C.P.O. Gebrauch gemacht. Im § 18 der meckl. Ausf.V. z. Konk.O. v. 26. Mai 1879 ist für die früher erworbenen, unserem § 12 entsprechenden Pfandrechte, welche durch die K.O. ihre Wirksamkeit verlieren, an Stelle des verlorenen Pfandrechts ein Vorrecht vor den im § 54 Nr. 6 bezeichneten Forderungen gewährt. Ebenso ist auf Grund des § 23 E.G. z. Civ.Pr.O. in der meckl. Ausf.V. z. C.P.O. v. 21. Mai 1879 § 52 für die gleichen früher erworbenen Pfandrechte, welche gegenüber einem späteren Pfändungspfandrechte aus § 709 C.P.O. ihre Wirksamkeit verlieren, der Forderung „das bisherige Vorrecht gewährt." Behält nun eine auf diese Weise dem Pfändungspfandrecht gegenüber außerhalb des Konkurses geschützte vertragsmäßige, vor dem 1. Oktober 1879 er-

worbene Generalhypothek (der häufigste Fall der Kollision) das Vorrecht vor der Pfändungsforderung im Erlöse der gepfändeten beweglichen Sachen auch dann, wenn Konkurs eröffnet wird bez. im Konkurse? Die Frage ist in der Entsch. des Reichsger. Bd. 2 S. 93 absolut und namentlich auch für das Verhältniß des Pfändungsgläubigers zu dem mit dem „bisherigen Vorrechte" sonst ersten Gläubiger verneint worden. Indeß ist dabei zu unterscheiden.

a. Gegenüber dem K.Verwalter kann der nach § 23 bez. § 52 Bevorrechtigte nicht ein Vorrecht aus diesen Bestimmungen, sondern nur aus den §§ 12 bez 18 z. Konk.O. geltend machen. Für das Verhältniß der Absonderungs- und Vor-Rechte im Konkurse hat § 23 E.G. zu C.P.O. und folgerecht auch der hierdurch veranlaßte § 52 Ausf.-Ges. v. 21. Mai 1879 nichts festsetzen wollen, sondern nur für das Verhältniß der Rechte außerhalb des Konkurses. Sedes materiae für den Konkursfall sind nur die K.O., das E.G. z. K.O. und die darauf gegründeten Ausf.-Ges. zur K.O. und diese bestimmen im § 12 E.G. und in K.O. § 3 deutlich, daß dergleichen Generalhypotheken das Absonderungsrecht, d. h. das Recht zur Befriedigung aus dem Absonderungsgegenstande im Konkurse verlieren und nur ein Vorrecht in der K.Masse verlangen können. Vgl. § 3 Abs. 1. Namentlich kann ein Absonderungsanspruch im Konkurse nur aus den in diesem Gesetze, also der K.O., zugelassenen Fällen geltend gemacht werden: es ist daher unmöglich, zur Begründung eines solchen eins der anderen Reichsjustizgesetze mit heranzuziehen. Gegen diese Vorschrift würde aber durch § 23 bez. § 52 ein Absonderungsanspruch geschaffen werden, wenn jenen Pfandrechten auch im Konkurse ein Vorrecht vor dem Pfändungspfandrechte, also zur abgesonderten Befriedigung verbleiben sollte, wenn mithin der zu deren Befriedigung nöthige Betrag ebenfalls aus dem Erlöse zu decken wäre, und nur der Mehrbetrag zur Konkursmasse fließen würde. Für den Gläubiger einer solchen Forderung bleiben vielmehr stets § 12 E.G. und die diesem § 12 entsprechenden Ausführ.-Gesetze anwendbar. Er verliert das dem Pfändungsgläubiger, welcher vor der K.Eröffnung pfänden ließ, nach § 23 bez. § 52 durch die Pfändung noch nicht verlorene Pfandrecht in dessen Eigenschaft eines Absonderungsrechts unbedenklich durch die K.Eröffnung gegenüber dem Verwalter zu Gunsten der K.Masse, vgl. Anm. 1 zu E.G. § 11.

b. Dagegen hat der Pfändungspfandgläubiger, welcher ohne K.Eröffnung jenem sonst ersten Gläubiger nachstehen würde, kein Recht darauf, durch den Konkurs von dessen Vorrecht befreit zu werden und eine günstigere Stellung zu erlangen, als wenn kein Konkurs eröffnet wäre. Er hat ein solches Recht weder dem Verwalter, noch jenem sonst ersten Gläubiger gegenüber; gegen den letzteren würde er durch einen solchen Einwand ein jus tertii des Verwalters geltend machen. Vielmehr hat seine abgesonderte Befriedigung nach § 3 Abs. 2 unabhängig, d. h. auch materiell unbeeinflußt vom K.Verfahren stattzufinden. Er kann nur seine Rechte geltend machen, welche durch die K.Eröffnung nicht schlechter, aber auch nicht größer werden sollen, und muß sich also gefallen lassen, daß der nach §§ 23 bez. 52 ihm vorgehende Betrag aus dem Erlöse des Absonderungsobjekts seiner Befriedigung auch im Konkursfalle entzogen bleibt. In der Entscheidung des Reichsger. Bd. 2 S. 93 wird das Recht des Pfändungspfandgläubigers ohne Grund vergrößert, sobald Konkurs eröffnet wird, wenn alsdann § 23 E.G. z. C.P.O. ignorirt und wegfallen soll. Das Gesetz unterscheidet im § 23 a. a. O. für das Recht, welches der Pfändungspfandgläubiger hat bez. nicht hat, nicht, ob nachher Konkurs eröffnet wird oder nicht.

c. Für das Verhältniß des Verwalters zum Pfändungspfandgläubiger ergiebt sich ferner hieraus: Der Verwalter als Vertreter des G.Schuldners bez. seiner Masse zu Gunsten aller K.Gläubiger kann gegenüber dem absonderungsberechtigten Pfändungspfandgläubiger für die Masse an dem der Masse zugehörigen Absonderungs-

gegenstande alle Rechte in Anspruch nehmen, welche dem Absonderungsberechtigten nicht zustehen. Der Verwalter nimmt also auch zur K.Masse den, dem Absonderungsberechtigten vorangehenden, diesem nicht zustehenden Theil des Erlöses, welcher außerhalb des Konkurses dem Drittgläubiger zufallen würde. Der Drittgläubiger erhält diesen Theil des Erlöses nicht selbst, weil er im Konkursfalle kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlöse hat. Er hat aber gemäß den §§ 12 bez. 18 in der K.Masse das Vorrecht vor den Forderungen des § 54 ev. 6 Konk.O. in Höhe des Erlöses für seine Forderung. Vgl. nachst. Anm. 3. Diese Lösung ist eine nothwendige Folge der Natur des Absonderungsrechts einerseits, welches für den Pfändungspfandgläubiger gegenüber dem K.Verwalter und der K.Masse in seinem materiellen Bestande (abgesehen von § 117) durch den Konkurs unberührt bleibt, so wie es ohne Konkurs bestehen würde, und andrerseits des Vertretungsrechts des Verwalters für die Masse an dem der Masse angehörenden Absonderungsgegenstande alle Rechte in Anspruch zu nehmen, welche der Absonderungsberechtigte sich gegenüber gelten lassen muß. Das Resultat ist dasselbe, wie wenn durch Pfändung für mehrere Gläubiger eine Masse gebildet und die erste Pfändung nach § 22 den K.Gläubigern gegenüber, d. h. zu Gunsten der Masse unwirksam wäre, die Anschlußpfändung aber nicht, das Recht für den nachpfändenden Gläubiger unverändert bleibt und der auf den ersten Gläubiger fallende Betrag zur Masse fließt, ohne daß jener nachrückt. Anm. 3 zu § 22. Der Verwalter kann in einem Prozesse zwischen dem Pfändungsgläubiger und dem ihm sonst vorgehenden Gläubiger diese seine Rechte intervenirend geltend machen. Thut er dies nicht, so kann der Pfändungsgläubiger in diesem außerhalb des K.Verfahrens fallenden Prozesse aus dem Rechte des Verwalters keinen Einwand gegen seinen Gegner entnehmen. Daß ein gemäß § 23 E.G. z. C.P.O. zu begründendes Recht ohne Weiteres in Wegfall kommt, sobald Konkurs eröffnet wird, — wie in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 2 S. 93 angenommen ist, — findet im § 23 keine Begründung. Der § 23 hat eine solche Beschränkung nicht festgesetzt. Der Verwalter mag diesen Drittgläubiger allein den Prozeß gegen den Pfändungspfandgläubiger verfolgen lassen, wenn er für die K.-Masse kein Interesse zur Intervention hat. Ein solches Interesse hat der Verwalter dann nicht, wenn er den Gläubiger ohnehin nach §§ 12 bez. 18 aus der Masse vorweg befriedigen müßte, sofern Masseansprüche oder Ansprüche aus § 54 Nr. 1 bis 5 nicht existiren oder anderweit gedeckt sind. Vgl. nachsteh. Anm. 3. — Das gleiche Verhältniß besteht für das preuß. Ausf.-Ges., vgl. nachst. Anm. 4.

2) Die Worte: „oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind" wurden durch Beschluß der R.K. zugesetzt. Der Zusatz soll nur die schon bestehenden Privilegien von Banken sichern. Die Reichsbanknoten haben ein solches Privilegium nicht, Bankges. v. 14. März 1875, R.G.B. S. 177. Die statutenmäßige Einräumung allein begründet noch nicht immer eine nach den bisherigen Gesetzen rechtsgültige Zusicherung. Prot. 137, 205—208, 210, 211.

3) Abs. 2. Auch für die im Abs. 2 bezeichneten speziellen Pfand- oder Vorrechte müssen die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen, und kann nur ein partielles Vorrecht, nicht ein Absonderungsrecht erhalten werden. Zu beachten ist dafür, daß das Vorrecht nicht im Erlöse, sondern nur in Höhe des Erlöses gewährt werden kann, d. h. es kann nicht wie ein Absonderungsrecht bei der Vertheilung des Erlöses selbst wirken. Vielmehr nimmt der Verwalter den Erlös zur K.Masse. Soweit aus der Masse noch Masseansprüche oder andere vorangehende Forderungen zu befriedigen sind, bleibt das Vorrecht gemäß Abs. 2 wirkungslos; seine Wirkung tritt nur für die Vertheilung der Masse unter den Konkursgläubigern ein.

4) Abs. 3. Nicht ein erst in den zwei Jahren nach der Gesetzeskraft der K.O., sondern nur ein schon nach Abs. 1 entstandenes Recht kann gemäß Abs. 3 erhalten wer-

den. Die Anmeldung in das Register zur Erhaltung des Rechts ist für ein binnen zwei Jahren nach der Gesetzeskraft der K.O. zu eröffnendes K.Verfahren nicht nöthig, sondern nur für ein nach zwei Jahren bez. irgend wann später zu eröffnendes. Die Vorschrift bezweckt, die Erkennbarkeit der Vorrechte für Dritte bez. für den Kredit zu sichern. Mot. 474.

Von den Befugnissen, welche im § 12 und anschließend im § 13 des E.G. der Landesgesetzgebung eingeräumt sind, hat dieselbe fast in allen Bundesstaaten Gebrauch gemacht. In Preußen ist im Ausf.Ges. v. 6. März 1879 § 18 bestimmt: „Insoweit ein Pfand- oder Vorzugsrecht, welches vor dem 1. Oktober 1879 auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben ist,

1. zufolge der Bestimmungen der D. K.O. und des E.G. zu derselben,

2. gegenüber einem Pfandrechte, welches durch eine nach dem 1. Oktober 1879 bewirkte Pfändung begründet wird, zufolge des § 709 Abs. 2 der D. C.P.O. oder des § 14 Abs. 1 des Ausf.Ges. zur D. C.P.O. seine Wirksamkeit verliert, wird für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht gewährt." Dies entspricht dem § 12 E.G. z. K.O. und § 23 E.G. z. C.P.O. — Ebenso wird im § 19 Ausf.Ges. v. 6. März 1879 für die vor dem 1. Oktober 1879 entstandenen Forderungen der Ehefrau des Schuldners, deren gesetzliche Pfand- oder Vorzugsrechte zufolge jener Vorschriften unwirksam werden, ein Vorrecht gewährt — entsprechend dem § 13 E.G. z. K.O. Das Vorrecht aus § 18 wird indeß (nach § 24 Ausf.Ges.) solchen Rechten nicht zu Theil, welche ein Gläubiger vor dem 1. Oktober 1879 durch Beschlagnahme, Pfändung oder Ueberweisung erlangt hat. Die Rangordnung der gemäß §§ 18, 19 bevorrechtigten Forderungen „im Verhältniß zu einander und zu den übrigen betheiligten Forderungen" bestimmt sich nach den bisherigen Vorschriften (§ 20 Ausf.Ges.) und zwar entsprechend auch in den Fällen, in welchen außerhalb des K.Verfahrens eine Befriedigung persönlicher Gläubiger nach dem Range ihrer Forderungen stattzufinden hat (§§ 23, 56 Ausf.Ges.).

Abgesehen von den Bestimmungen hinsichtlich der Ehefrau (worüber vgl. Anm. 3, 4 zu § 13 E.G.) liegt im Gebiete des A.L.R. und bez. der preuß. K.O. v. 8. Mai 1855 der Fall nicht vor, daß solchen Pfand- und Vorzugsrechten, welche § 12 E.G. bezeichnet, durch die K.O. und deren E.G. die Wirksamkeit genommen würde. Die Vorschriften der §§ 18, 20, 21, 23, 24 des preuß. Ausf.Ges. haben daher zur Ergänzung des § 12 nur in einigen gemeinrechtlichen Gebieten (Hannover, Schleswig-Holstein, Kurhessen, Homburg) Anwendung. Zu beachten ist die Gleichstellung des Vorrechts, wenn das Pfand- oder Vorzugsrecht zufolge der K.O. unwirksam wird, und des Vorrechts, wenn Pfand- oder Vorzugsrechte in Folge eines Pfändungspfandrechts unwirksam werden. Auch dem letzteren auf § 23 E.G. z. C.P.O. basirenden Vorrechte ist die Wirksamkeit als Vorrecht — nicht Absonderungsrecht — im Konkurse, sowie bei Vertheilungen und Vorrechtsstreitigkeiten außerhalb des K.Verfahrens, § 23, ausdrücklich erhalten. Während durch die Verneinung des Absonderungsrechts im Konkurse auch hier dem Konkursverwalter gegenüber ein Recht im Erlöse selbst nicht geltend gemacht werden kann, sondern der Verwalter einem solchen Gläubiger gegenüber den Erlös zur Masse beanspruchen kann, soweit nicht ein Absonderungsberechtigter aus seinem Rechte darauf einen Anspruch hat, kommen auch hier für das Verhältniß und die Rangordnung des als bevorrechtigt durch § 18 geschützten Gläubigers zum Pfändungsgläubiger die bisherigen Vorschriften zur Anwendung, es mag Konkurs eröffnet sein oder werden oder nicht, §§ 20, 23; d. h. der geschützte Gläubiger verliert sein Vorrecht in der Konkurrenz mit dem Pfändungsgläubiger nicht, auch wenn Konkurs eröffnet wird. Es gelten also für die Anwendung des preuß. Ausf.Ges. dieselben Grundsätze, wie sie in vorsteh. Anm. 1 hinsichtlich der mecklenb. Ausf.Ges. bezeichnet sind. Durch die im preuß. Ausf.Ges. §§ 18, 20, 23 dargestellte Verbindung sind hier deutlich jene selben Grundsätze ausge-

drückt, welche als aus dem Wesen des K.Absonderungsrechts einerseits und des K.Vorrechts andererseits folgend ausgeführt sind.

Im Anschlusse an §§ 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 E.G. hat das preuß. Ausf.Ges. im § 21 Bestimmungen darüber getroffen, zufolge welcher die im § 12 vorbehaltenen Vorrechte und die im § 13 Abs. 1 bezeichneten Vorrechte für die Ehefrau eines G.Schuldners auch für Konkurse erhalten werden können, welche nach dem 30. September 1881 eröffnet werden; bez. gegen eine später bewirkte Pfändung. Die Erhaltung wird unbedingt versagt für Konkurse und gegen Pfändungen, welche erst nach dem 30. September 1899 eröffnet bez. bewirkt werden. Für Konkurse bez. gegen Pfändungen aus der Zeit vom 30. Sept. 1881 bis dahin 1899 können die in den §§ 18, 19 des preuß. Ausf.Ges. vorbehaltenen Vorrechte dadurch erhalten werden, daß sie entsprechend den §§ 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 bis zum 30. Septbr. 1881 (einschließlich) zur Eintragung in ein amtsgerichtliches Vorrechtsregister angemeldet werden. Nur die Anmeldung, nicht auch die Eintragung braucht nach § 12 Abs. 3 E.G. und nach § 21 Ausf.Ges. innerhalb dieser Frist erfolgt zu sein. Ueber die Anmeldung und die Führung der Register sind in den §§ 25 bis 36 Ausf.Ges. besondere Bestimmungen getroffen.

In Betreff der übrigen Bundesstaaten vgl. v. Wilmowski Ausf.- u. Uebergangsges. zur K.O. Register unter: „Pfandrechte" und „Rangordnung".

§ 13.

Die Landesgesetzgebung kann der Ehefrau, den Kindern und den Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners für Forderungen, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung entstanden sind,[1] ein Vorrecht nach Maßgabe des § 12 Abs. 1, 2[2] insoweit gewähren, als ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau, der Kinder oder der Pflegebefohlenen nach den bisherigen Gesetzen bestanden hat.[3]

Auf das Vorrecht der Ehefrau findet die Bestimmung des § 12 Abs. 3 entsprechende Anwendung.[4]

Den Kindern und den Pflegebefohlenen kann das Vorrecht für ein fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt werden.[5]

1) Der § 13 betrifft die Zulässigkeit eines landesgesetzlichen Vorbehalts eines Vorrechts für gesetzliche Pfand- oder Vorrechte, welche nach der bisherigen K.Gesetzgebung begründet waren. Für andere als die im § 13 erwähnten kann die Landesgesetzgebung keine Vorrechte bewilligen. — Der Ehefrau ist in der K.O. kein Vorrecht gewährt, den Kindern und Pflegebefohlenen das im § 54 Nr. 5 bestimmte. Die Landesgesetzgebung kann für Forderungen, welche schon vor der Gesetzeskraft der K.O. entstanden sind, ein Vorrecht gewähren, wenn die bisherigen K.Gesetze ein Pfand- oder Vorrecht bewilligten. Voraussetzung ist nicht, daß die Ehefrau bez. das Kind oder der Pflegebefohlene schon vor der Gesetzeskraft der K.O. einen Anspruch auf damalige Herausgabe des Vermögens gehabt haben, daß also schon damals actio nata für ein solches Recht vorhanden gewesen sei, sondern daß vor jenem Zeitpunkte ein Forderungsverhältniß begründet war, aus welchem sie die dermaleinstige Herausgabe von Vermögen später fordern können bez. daß ihr Vermögen schon vorher in die Verwaltung des G.Schuldners gekommen war, vgl. § 54 Nr. 5. Die Schonung für diese Fälle früherer gesetzlichen Pfand- und Vorrechte ist als Ausnahme von der sofortigen einheitlichen Durchführung der Grundsätze der K.O. hinsichtlich der Rangordnung zugelassen, weil diese Rechtsverhältnisse ihrer Natur nach dauernd sind.

Außer dem nach § 13 E.G. zugelassenen Vorrechte bleibt ein nach § 12 etwa vorhandenes zulässiges Vorrecht unberührt. Sofern einer Ehefrau oder Kindern oder Pflegebefohlenen vertragsmäßig, testamentarisch oder zufolge richterlicher Verfügung ein Pfand- oder Vorrecht gemäß § 12 zustand, haben sie natürlich außerdem die Rechte jedes andern Gläubigers in gleicher Lage.

2) Auch hier wie im Falle des § 12 Abs. 1, 2 kann nicht ein Pfand- bez. Absonderungsrecht, sondern nur ein Vorrecht hinsichtlich der Rangordnung des § 54 gewährt werden und ist die Bemerkung in Anm. 3 zu § 12 E.G. auch hier anwendbar. Indeß ist auch vom § 13, wie vom § 12 die Regelung der Pfand- und Vorrechte im unbeweglichen Eigenthum des Schuldners mit Rücksicht auf § 39 unberührt. Vgl. preuß. Ausf.Ges. § 17.

3) Soweit nach den bisherigen Gesetzen für Ehefrauen, Kinder oder Pflegebefohlene ein gesetzliches Pfand- oder Vorrecht außer dem in der K.O. bestimmten des § 54 Nr. 5 nicht schon bestanden hat, kann es nicht gewährt werden. In der P. ist den Kindern und Pflegebefohlenen ein besseres Vorrecht nicht gewährt, sondern für dieselben durch § 54 Nr. 5 betroffenen Ansprüche nur ebenfalls das Vorrecht unmittelbar vor den andern K.Gläubigern gegeben; es waren ihnen vielmehr außer den im § 54 Nr. 1—4 bezeichneten Forderungen noch andere Klassen bez. jene Klassen im größeren Umfange vorgezogen. P. §§ 80, 81, 73—79. Der Ehefrau des G.Schuldners, welcher die K.O. überhaupt kein Vorrecht gewährt, war in P. § 80 „wegen ihres gesetzlich in die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes gekommenen Vermögens, soweit sie nicht vermöge ihres Rückforderungs- oder Pfandrechts befriedigt wird, ein gleiches Vorrecht mit demjenigen der Kinder und Pflegebefohlenen" eingeräumt. Die Frauen „von Handelsleuten, Schiffsrhedern und Fabrikbesitzern" waren jedoch von diesem Vorrechte ausgeschlossen.

Demgemäß ist im Gebiete der P. v. 8. Mai 1855 der Vorbehalt des § 13 hinsichtlich der Kinder und Pflegebefohlenen von gar keiner Bedeutung, und hinsichtlich der Rechte von Ehefrauen nur für Ehefrauen eines G.Schuldners, welcher nicht Handelsmann, Schiffsrheder oder Fabrikbesitzer ist.

Wie in Anm. 4 zu § 12 E.G. bemerkt ist, ist im preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 §§ 19—24 für die im § 13 E.G. bezeichneten Pfand- und Vorzugsrechte der Ehefrau des G.Schuldners das bisherige Vorrecht aufrecht erhalten. Für das Verhältniß der so geschützten Ehefrau gegenüber der K.Eröffnung und dem K.Verwalter einerseits behufs Erhaltung eines Vorrechts, nicht Absonderungsrechts, und gegenüber einem späteren Pfändungspfandrechte behufs der Abwehr eines dem § 23 E.G. z. C.P.O. und den §§ 19, 20, 23 preuß. Ausf.Ges. widersprechenden besseren Rechts der Pfändungsgläubiger andrerseits; sowie für das Verhältniß des K.Verwalters zu einem solchen Pfändungsgläubiger gelten dieselben Grundsätze, wie sie in Anm. 1 und 4 zu § 12 ausgeführt sind.

4) Abs. 2. Für die Erhaltung der Vorrechte der Ehefrau für spätere Konkurse durch Anmeldung zur Register-Eintragung und von den Bestimmungen des preuß. Ausf.Ges. über die Vorrechtsregister gilt das in Anm. 4 zu § 12 Bemerkte. Das frühere Verfahren der E.G. der P. v. 8. Mai 1855, 21. Mai 1860 und 3. Febr. 1864: den Ehefrauen nur noch ein Jahr die Geltendmachung der früheren Vorrechte zu gestatten und sie im Uebrigen auf die Sicherstellung des Vermögens zu verweisen, ist gegenüber dem früheren Rechtszustande ungenügend gefunden. Es ist deshalb entsprechend dem § 12 Nr. 3 die Geltendmachung für ein binnen zwei Jahren nach der Gesetzeskraft der K.O. zu eröffnendes K.Verfahren unbedingt, und für ein nach zwei Jahren zu eröffnendes K.Verfahren im Falle der Register-Eintragung zugelassen. Mot. 475, 476.

5) Abs. 3. Im preuß. Ausf.Ges. §§ 22, 23 ist in Gemäßheit des § 13, insoweit ein nach den bisherigen Gesetzen bestandenes Pfand- oder Vorzugsrecht der Kinder

oder der Pflegebefohlenen des G.Schuldners zufolge der K.O. und des E.G. z. K.O. seine Wirksamkeit verliert, für die vor dem 1. Oktober 1879 entstandenen Forderungen derselben ein Vorrecht und zwar in entsprechender Aufrechterhaltung der Rangordnung nach den bisherigen Vorschriften „für das Konkursverfahren gewährt". Wie in Anm. 3 bemerkt, ist dies ohne Bedeutung für das Gebiet der P. vom 8. Mai 1855. Für die gesetzlichen Vorrechte von Kindern und Pflegebefohlenen findet Abs. 3 des § 12 nicht Anwendung, da diese Vorschrift im Abs. 2 § 13 nur für das Vorrecht der Ehefrau entsprechend anwendbar erklärt ist. Die Zulässigkeit landesgesetzlicher Gewährung des Vorrechts ist daher für ein nach dem 30. September 1881 eröffnetes K.-Verfahren nicht von einer Anmeldung zur Register-Eintragung abhängig. Demgemäß ist auch das Vorrechts-Register nach §§ 22, 25 ff. d. preuß. Ausf.Ges. für die Vorrechte von Kindern und Pflegebefohlenen nicht bestimmt. Dagegen ist nach § 13 Abs. 3 die landesgesetzliche Einräumung des Vorrechts für ein nach dem 30. September 1884 eröffnetes K.Verfahren unzulässig. Die Landesgesetzgebung kann innerhalb dieser Zulässigkeitsgrenze fakultativ die Zulassung in einem geringeren Maße gestatten. Demgemäß ist im preuß. Ausf.Ges. § 22 Abs. 2 bestimmt, daß das Vorrecht für ein nach dem 30. Septbr. 1881 eröffnetes K.Verfahren nicht gewährt wird.

Abweichend von den §§ 18, 19 preuß. Ausf.Ges., worin für das Pfand- und Vorzugsrecht der Ehefrau und der im § 12 bezeichneten Gläubiger das bisherige Vorrecht auch gegenüber dem Pfändungspfandrechte aus § 709 C.P.O. und § 14 Abs. 1 des preuß. Ausf.Ges. z. C.P.O. erhalten ist, haben die §§ 22, 23 Ausf.Ges. v. 6. März 1879 das Vorrecht für Kinder und Pflegebefohlene gegenüber einem solchen Pfändungspfandrechte nicht vorbehalten, sondern nur für das Konkursverfahren und entsprechend für die Prozeduren außerhalb eines K.Verfahrens behufs Befriedigung persönlicher Gläubiger nach dem Range ihrer Forderungen. Der Grund für diese beschränkte Erhaltung liegt darin, daß der Landesgesetzgebung im § 23 E.G. z. C.P.O. rücksichtlich des § 709 C.P.O. eine Befugniß zur Erhaltung eines gesetzlichen Vorrechts für Kinder und Pflegebefohlene bezüglich des § 709 nicht vorbehalten ist. Die entsprechende Anwendung des Vorrechts bei Prozeduren außerhalb des K.Verfahrens führt somit dazu, daß das Vorrecht zwar nicht im Falle einer Kollision mit einem Pfändungspfandrechte des § 709 C.P.O. diesem gegenüber, wohl aber allen anderen Gläubigern gegenüber zur Geltung zu bringen ist; denn reichsgesetzlich sind hinsichtlich des materiellen Rechts der Landesgesetzgebung nur die bei solcher Anwendung inne gehaltenen Schranken gesetzt: durch die K.O. bez. § 13 E.G. die Schranken der Anwendung für den Fall des K.Verfahrens und durch die C.P.O. bez. § 23 E.G. die Schranken für die Wirkung des Pfändungspfandrechts. Vgl. Mot. z. Ges. v. 6. März 1879.

§ 14.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung[1]) bestehen an beweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.[2])

Das Absonderungsrecht besteht ohne Uebergabe der Sache, sofern:

1. nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die Uebergabe von Konossementen und ähnlichen Papieren über Waaren oder andere bewegliche Sachen der Uebergabe derselben,[3]) oder die Eintragung der Verpfändung in das Schiffsregister oder die Uebergabe der mit einem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffs-

urkunden oder einer beglaubigten Abschrift derselben der Uebergabe des verpfändeten Schiffes gleichsteht;[4)]

2. über eine Verbodmung nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs ein Bodmereibrief ausgestellt ist.[5)]

1) Die §§ 14—17 E.G. bilden die Ergänzung des § 40. Sie bestimmen das Verhältniß der nach dem bürgerlichen Rechte entstehenden Pfandrechte zu dem im Sinne des § 40 für den Konkurs wirksamen Faustpfandrechte und zwar so, daß alle wenngleich an sich verbindlichen Pfandrechte nur dann als K.Faustpfandrechte des § 40 anzuerkennen sind, wenn sie den Erfordernissen der §§ 14—17 entsprechen. Daß die Pfandrechte außer diesen Erfordernissen rechtsverbindlich nach dem anwendbaren Landesrechte bestellt sein müssen, ist dabei vorausgesetzt, § 16. Die Bestimmungen sind in das E.G. gebracht, weil sie das Verhältniß der K.O. zum Civilrecht ordnen und mit Einführung des gemeinsamen deutschen Civilgesetzbuches in Wegfall kommen. Sie betreffen alle vor oder nach der Gesetzeskraft der K.O. begründeten Pfandrechte. Mot. 476. Prot. 39, 138. Vgl. Anm. 1, 2 zu § 40.

2) Der § 14 behandelt das Faustpfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen. Im Abs. 1 ist für die Konkursberücksichtigung solcher Faustpfandrechte das Prinzip ausgesprochen, im Abs. 2 die allein zugelassenen Modifikationen. Das Prinzip beruht darauf, daß im Interesse des Kredits das Pfandrecht für Jedermann erkennbar sein soll und die Sache der Herrschaft des Pfandgläubigers und nicht mehr des Eigenthümers oder eines Anderen unterworfen erscheinen lassen soll. Deshalb wird verlangt: ein Pfandgläubiger muß, um als solcher im Konkurse zu gelten, selbst oder in der Person eines Dritten für ihn „den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten haben." Zur Erlangung des Pfandrechts ist also die Wirksamkeit einer Besitzübertragung durch bloßen Vertragswillen ausgeschlossen. Durch ein constitutum possessorium, welches ohne Gewahrsam wirken soll, wird ein Faustpfandrecht nicht erworben. Nöthig ist dazu die Erlangung des Gewahrsams. Der „Gewahrsam" entspricht dem Begriffe des preuß. A.L.R. I. 7 § 1. Es ist der thatsächliche Zustand, in welchem der Inhaber (mit Ausschließung Anderer) über die Sache verfügen kann, die thatsächliche Herrschaft dergestalt, daß der Inhaber jederzeit nach Belieben auf die Sache einwirken kann. Windscheid Bd. 1 § 153. Ob dies der Fall, ist thatsächliche Frage und nach den konkreten Umständen zu entscheiden. Es ist mit Recht von jeder Exemplifizirung Abstand genommen. Prot. 138, 139. Insbesondere kann nur die richterliche Würdigung des Thatsächlichen im einzelnen Falle entscheiden, wann die Uebergabe der Schlüssel zu Räumen, die Bestellung von Aufsehern, die Bezeichnung von Waaren (Markiren von Hölzern?) einen Gewahrsam bez. eine Uebergabe konstituiren. Vgl. preuß. A.L.R. I. 20 §§ 338 ff., 341 ff., 345 ff., 356 ff. Auch im preuß. Ges. betr. das Pfandleihgewerbe v. 17. März 1881 G.S. S. 265 ist die erfolgte Uebergabe vorausgesetzt; vgl. § 5 „an den ihm übergebenen Gegenständen."

Nöthig ist indeß ferner, daß der Gläubiger den Gewahrsam der Sache nicht nur erlangt, sondern auch behalten hat. Es darf in dieser Beziehung nicht auf die Entscheidung des Civilrechts darüber verwiesen werden, wann der Gläubiger sein Pfandrecht behalten hat, sondern abgesehen von dem Erfordernisse, daß der Gläubiger ein civilrechtlich gültiges Pfandrecht behalten haben muß, muß er, um dasselbe als Konkursfaustpfandrecht berücksichtigt zu sehen, nach Abs. 1 auch den Gewahrsam behalten haben. Insoweit also nach einem Civilrechtssysteme oder nach einzelnen civilrechtlichen Bestimmungen das Pfandrecht auch ohne das Behalten des Gewahrsams erhalten wird, bleibt es nach Abs. 1 noch nicht als Faustpfandrecht für den Konkurs erhalten. Die Entscheidung, ob das Pfandrecht civilrechtlich erhalten bleibt oder der Gewahrsam be-

halten bleibt, fällt daher wegen der für das Letztere nothwendigen thatsächlichen Herrschaft nicht zusammen. Der Gläubiger kann demnach sein Konkurspfandrecht nicht bloß durch wissentliches Aufgeben des Rechts bez. Verzichts, sondern auch durch thatsächliches Aufhören des Gewahrsams bez. der Erkennbarkeit verlieren; und kann es sich dabei auch nicht durch Vorbehalte bei Rückgabe des Pfandes erhalten, welche nur obligatorisch gegen den Empfänger, nicht gegen Dritte und zur Erhaltung im Konkurse wirken. Es genügt daher nicht, daß der Gläubiger nach dem Verlust seines Gewahrsams rechtlich in der Lage ist, denselben durch Klage gegen Dritte herstellen zu können; und nicht bloß dann, wenn diese rechtliche Verfolgung gegen Dritte ausgeschlossen ist, sondern schon dann, wenn sein thatsächlicher Gewahrsam zur Zeit der K.Eröffnung nicht mehr vorhanden ist, ist damit das K.Faustpfandrecht beseitigt. Es könnte nur durch Herstellung des Gewahrsams wieder erworben werden, was gemäß § 12 nach der K.Eröffnung wirksam nicht geschehen kann. Mot. 198 R.O.H. 25, 86 ff., 89. Vgl. Dernburg I. § 354. R.G. 1, 353. Theilweise abweichend: v. Sarwey S. 291 ff., Stieglitz S. 264, v. Völderndorff I, S. 431, 432.

Auch an Zubehörstücken und Früchten besteht gemäß Abs. 1 ein wirksames K.Faustpfandrecht nur, soweit der Pfandgläubiger den Gewahrsam derselben erlangt und behalten hat. — Ein gleichzeitiges Faustpfandrecht Mehrerer ist nicht unmöglich; der Gewahrsam kann durch einen Mitgläubiger oder durch einen gemeinschaftlichen Vertreter für Alle ausgeübt werden. Dernburg I. § 354. Stieglitz S. 263. Auch die Einräumung eines „Nachfaustrechts“ an einen zweiten Pfand-Gläubiger, nachdem die Sache schon einem ersten verfaustpfändet war, ist nicht begrifflich ausgeschlossen; der erste Pfandgläubiger kann für den zweiten den Gewahrsam ausüben. R.G. 1, 203. Code civ. art. 2076.

3) Abs. 2. Pfandrecht ohne Uebergabe der Sache. Nur in den bestimmten Fällen des Abs. 2 wird eine sog. symbolische Uebergabe als dem Erlangen und Behalten des Gewahrsams gleichwirkend angesehen. Nur in diesen Fällen ist einerseits das Bedürfniß der Verpfändung ohne die hier unthunliche körperliche Uebergabe, andrerseits das Genügen der substituirten Maßregeln zur Erkennbarmachung des Pfandrechts angenommen. Indeß auch für die Fälle des Abs. 2 ist das Bestehen einer landesgesetzlich gültigen Verpfändung ebenso wie für Abs. 1 vorausgesetzt; und wird die Zulässigkeit der in Abs. 2 bezeichneten Verpfändungen nicht eingeführt, wo solche Pfandrechte landesgesetzlich (abgesehen von den handelsgesetzlichen Fällen) nicht schon zulässig sind, E.G. § 16.

Nr. 1 bezeichnet die Erfordernisse zur Verpfändung a) von Waaren oder anderen beweglichen Sachen“, wenn gesetzlich die Uebergabe von Besitzurkunden der Uebergabe der Sachen gleichgestellt ist, b) von Schiffen durch Eintragung oder durch Uebergabe von Schiffsurkunden.

Zu a: Welche Papiere außer den Konnossementen als diesen „ähnliche“ genügend sein sollen, um eine Waaren- bez. Transport-Verpfändung zu bewirken, welche durch diese Bestimmung getroffen werden soll, ist absichtlich nicht näher definirt. Nöthig ist, daß ihre Uebergabe gesetzlich der Uebergabe der Sachen gleichsteht. Reichsgesetzliche Vorschriften sind nur im Art. 649 H.G. für Konnossemente und im § 6 Ges. v. 21. Juli 1870 über Gründung öffentlicher Darlehnskassen gegeben. Insbesondere hat das H.G. die Uebergabe der an Ordre lautenden Konnossements mit den näheren Bestimmungen des Art. 649 der Uebergabe der Sachen gleichgestellt. Hinsichtlich der nicht an Ordre gestellten Konnossements und der Ladescheine, welche ebenfalls Verpflichtungsurkunden (Art. 413 ff., 644 ff.) und nicht blos, wie der Frachtbrief (Art. 391, 392) Beweisurkunden sind, hat das H.G. die Wirkung der Uebergabe nicht bestimmt und es darin bei der Landesgesetzgebung belassen. R.O.H. 11, 413. Als dem Konnossement ähnliche

Papiere sind mit Rücksicht auf die der Bestimmung zu Grunde liegende ratio legis solche anzusehen, welche eine entsprechende Verpflichtungsurkunde und nicht eine bloße Beweisurkunde enthalten und den Gläubiger mit Ausschluß des Schuldners in den Stand setzen, über die Sache zu verfügen. Vgl. H.G. Art. 313 Abs. 1, 374 Abs. 1, 382 Abs. 1. Mot. 477, 169.

Im preuß. A.L.R. enthalten insbesondere die §§ 349, 366, 367 ff., 374 I. 20 Bestimmungen, nach welchen die Uebergabe der Verfügungsurkunde die der Sache ersetzt. Neben denselben ist für das Gebiet des A.L.R. ein Bedürfniß zur Ergänzung hinsichtlich der s. g. symbolischen Verpfändung ohne Uebergabe der Sache bei Erlassung des Ausf.-Ges. nicht gefunden; ebenso nicht für das Gebiet des rheinischen Rechts. Dagegen ist im § 5 des preuß. Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 für das Gebiet des gemeinen Rechts die Bestimmung getroffen, daß „bei Verpfändung von aufgespeicherten oder niedergelegten Waaren, Fabrikaten, Boden- oder Bergwerkserzeugnissen, sowie auf dem Transport befindlichen Gütern die Uebergabe des auf den Gläubiger übertragenen Konnossements, Ladescheins, Lagerscheins oder ähnlichen Papiers der Uebergabe der Sache gleichsteht, sofern der Gläubiger mittels des Papiers in der Lage ist, über den Gegenstand der Verpfändung zu verfügen." Ob letzteres der Fall ist (vgl. entsprechend Art. 313, 374, 382 H.G.) und ob namentlich die Uebergabe eines nicht an Ordre lautenden Konnossements im einzelnen Falle den Gläubiger gegenüber dem Art. 661 Abs. 4 H.G. in den Stand setzt, über den Gegenstand der Verpfändung zu verfügen, ist thatsächliche Frage. Für Konnossemente, wenn sie nicht an Ordre lauten oder die Güter nicht wirklich abgeladen sind, behält § 5 neben dem Art. 649 H.G. seine Bedeutung. Voraussetzung der Wirkung des § 5 ist, daß die Uebergabe des „übertragenen" Papiers die Uebertragung aller Rechte aus demselben auf den Gläubiger bedeutet und bewirkt und daß die landesgesetzlich zur Gültigkeit der Vereinbarung etwa nöthigen Förmlichkeiten beobachtet sein müssen. E.G. § 16. Mot. z. Ges. v. 6. März 1879.

4) Vorschriften über Schiffsverpfändungen im Sinne des § 14 enthalten für das preuß. Recht Art. 59 §§ 1 und 2 d. E.G. v. 24. Juni 1861 z. H.G., A.L.R. I. 20 §§ 300 ff., Verordn. v. 27. Febr. 1862. (Vgl. Entsch. 15, 256. Striethh. 66, 157.)

5) Zu Nr. 2. Vgl. H.G. Art. 680 ff.

§ 15.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an Forderungen und anderen Vermögensrechten nur: [1]

1. wenn ein Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt ist;[2]
2. wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechts bildet, oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat;[3]
3. wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.[4]

1) Im § 15 wird das Konkurs-Faustpfandrecht an Forderungen und anderen Vermögensrechten behandelt; nämlich an anderen Rechten, als beweglichen körperlichen Sachen (§ 14) und Forderungen. Darüber, welche Rechte zu solchen „anderen Vermögensrechten" gehören, vgl. Anm. 3 zu § 40. Demselben Grundzuge entsprechend, welcher für das Faustpfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen im § 14 maßgebend ist, nämlich dem Bedürfnisse, das Pfandrecht im Interesse der Kredit-Aufrichtigkeit als ein äußerlich erkennbares erscheinen zu lassen, ist alternativ eine dreifache Art der

Kennzeichnung des Pfandrechts nöthig, um für dasselbe die Berücksichtigung im Konkurse zu erlangen. Gemäß der Sprachweise der Reichsjustizgesetze genügt es, wenn eins der Erfordernisse zu Nr. 1, 2, 3 vorhanden ist. Prot. 139. Indeß in dieser Beziehung, wie überhaupt, ist stets vorausgesetzt, daß das Pfandrecht in derjenigen der drei Alternativen, in welcher es als Konkursrecht geltend gemacht werden soll, auch civilrechtlich gültig bestellt ist. Erfordert das Civilrecht die Verbindung mehrerer der Voraussetzungen des § 15 oder sonst noch anderer, so sind auch diese nöthig. E.G. § 16. Gestattet andrerseits das Civilrecht eine gültige Verpfändung nur in einer der drei Formen, wie z. B. für Inhaberpapiere nur durch Uebertragung des Gewahrsams, Anm. 3, so sind dadurch die anderen Alternativen ausgeschlossen. — Das Pfandrecht an Accessionen setzt ebenfalls, dem Verhältnisse zu § 14 entsprechend, voraus, daß den Erfordernissen des § 15 und zugleich denen des Civilrechts entsprochen ist. An Koupons von Werthpapieren kann also nur durch Gewahrsam ein Pfandrecht begründet werden. Mot. 206. — Von der Verpfändung an Mehrere und der Anschlußverpfändung gilt das in Anm. 2 zu § 14 Gesagte.

2) Zu Nr. 1: Benachrichtigung des Drittschuldners von der Verpfändung. In welcher Weise die Benachrichtigung erfolgt sein muß, um wirksam zu sein, ist nach dem Landesrecht zu entscheiden. Prot. 139. Ist darin nichts Besonderes vorgeschrieben, so genügt es, daß der Drittschuldner vom Verpfänder oder unter Vorlegung einer die Verpfändung bestätigenden Erklärung des Verpfänders vom Pfandgläubiger Kenntniß bekommen hat. Verordn. v. 9. Oktober 1809, A.L.R. I. 11 §§ 414, 415. Ob eine solche Benachrichtigung stattgefunden hat, ist eine thatsächliche Frage und als solche richterlich zu entscheiden. C.P.O. § 259. Daß irgend welche Solennitäten hinzukommen müßten, um die Benachrichtigung wirksam zu machen oder daß der Beweis nur in bestimmter Weise zu führen sei, wird in unserem Gesetze nicht verlangt und wird daher, sofern dergleichen nicht landesrechtlich erforderlich ist, auch eine analoge Anwendung des § 730 Abs. 2 C.P.O.: Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher (gegen v. Völdernbdorff I. S. 434) nicht nöthig. Eine Benachrichtigung des Pfandgläubigers, ohne daß dieser die Verpfändung nachweist, ist offenbar keine wirksame, welcher der Pfandgläubiger Glauben beizumessen hat. Vgl. preuß. A.L.R. I. 20 §§ 281—284, 288—298, Verordn. vom 9. Oktober 1809, A.L.R. I. 11 §§ 394—417. Entsch. 6, 338; 8, 39, 279. C.P.O. §§ 730, 754.

3) Zu Nr. 2: Gewahrsam des Gegenstandes des Rechts oder der Urkunde über das Recht. Von der Nothwendigkeit, den Gewahrsam zu erlangen und zu behalten, und von den dazu erforderlichen Akten gilt dasselbe, was in Anm. 2 zu § 14 bemerkt ist. — Soweit civilrechtlich nur eine Verpfändung durch Uebertragung des Gewahrsams wirksam ist, ist sie auch für den Konkurs nur unter den Voraussetzungen der Nr. 2 zulässig, welche in ihrer Anwendung namentlich hinsichtlich des Behaltens des Gewahrsams wieder über die Erfordernisse des Civilrechts hinausgehen können und dann ebenfalls zur Konkurs-Wirksamkeit erforderlich sind. Inhaberpapiere können nur unter Uebertragung der Gewahrsam wirksam verpfändet werden. H.G. Art. 309. Preuß. A.L.R. I. 20 §§ 286, 287. Dies gilt auch von der Mitverpfändung von Koupons. Mot. 206. Auch Wechsel (vgl. W.O. Art. 36, 39) und indossable Papiere (H.G. Art. 301 ff.) erfordern die Uebergabe der verpflichtenden Urkunden. H.G. Art. 309. Die Verpfändung einer Forderung, worüber eine Urkunde ausgestellt ist, erfordert nach preuß. A.L.R. I. 20 § 281 ebenfalls die Uebergabe bez. den Gewahrsam der Urkunde (nebst einer schriftlichen Verpfändungsurkunde). Strieth. 18, 58; 38, 45; 61, 86. Entsch. 70, 101.

4) Zu Nr. 3: Eintragung der Verpfändung im Grund- oder Hypothekenbuche. Die Verpfändung eines Grundstücks ist hier nicht gemeint und wird vom § 40 nicht betroffen, sondern vom § 39. In Rede ist die Verpfändung von „Forderungen und

anderen Vermögensrechten", welche im Grundbuche eingetragen sind. Wie überall auch für Nr. 1 und 2, so auch für Nr. 3 erzeugt die Eintragung der Verpfändung im Grund- oder Hypothekenbuche nicht ein Konkurspfandrecht, sondern bewirkt nur unter der Voraussetzung, daß die Verpfändung im Uebrigen gesetzlich wirksam erfolgt ist, die Wirksamkeit für den Konkurs. Gleichgültig ist dabei, ob an sich civilrechtlich die Wirksamkeit der Verpfändung, wie nach dem preuß. Ges. über Eigenth. v. 5. Mai 1872 §§ 53, 54 von der Eintragung nicht abhängig ist. Besteht eine gesetzlich wirksame Verpfändung unter einer der beiden Formen zu 1 oder 2 ohne Eintragung, so bedarf es der Eintragung nicht. Wie die unter Nr. 3 als Erforderniß aufgestellte Eintragung erfolgt sein muß, um dem § 15 zu genügen, ist nach dem geltenden bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Entsprechend dem für das gesammte Immobiliarrecht geltenden System der Reichsjustizgesetze, hierüber das Landesrecht in Wirksamkeit zu lassen, (C.P.O. §§ 731, 755 — 757, K.O. § 39), ist eine landesrechtlich gültige Eintragung vorausgesetzt.

§ 16.

Die Vorschriften der Landesgesetze, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§ 14, 15 bezeichneten Erfordernisse oder weitere Erfordernisse festsetzen, bleiben unberührt.[1]

1) Durch die §§ 14, 15 soll nicht reichsgesetzlich bestimmt werden, daß in den darin bezeichneten Fällen ohne weitere Erfordernisse ein Faustpfandrecht bestellt und erworben sein soll, sondern sie setzen voraus, daß nach Reichs- oder Landesrecht ein Pfandrecht an sich gültig bestellt ist, und bestimmen nur, welche Pfandrechte, ihre verbindliche Konstituirung vorausgesetzt, als K.Faustpfandrechte wirksam sind. Es bleiben daher alle Erfordernisse nöthig, welche das bürgerliche Recht außer den §§ 14, 15 verlangt, so insbesondere hinsichtlich der Form (preuß. A.L.R. I. 20 §§ 94, 273, 281 — 284, vgl. Eig.-Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 20, 38, 39, 52 ff. Strieth. 46, 343. R.O.H. 3, 153, 432; 20, 78; — H.G. Art. 309. — Code civ. art. 2074, 2075) und ebenso die gleichzeitige Verbindung mehrerer der Erfordernisse der §§ 14, 15, sofern diese nach dem bürgerlichen Rechte nöthig ist. Vgl. für das französ. Recht Anm. 2 zu § 40. Eine Anregung in der R.K., den § 16 zu streichen und die Erfordernisse der §§ 14, 15 zur Bestellung wirksamer Faustpfandrechte genügend sein lassen, blieb erfolglos. Mot. 478. Prot. 204, 205.

Durch § 16 ist nicht nur die zur Zeit des 1. Oktober 1879 bestehende Landesgesetzgebung, sondern auch die künftige über die Voraussetzungen für den Erwerb von Faustpfandrechten vorbehalten. Für die Pfandleiher, welche dem preuß. Gesetz betr. das Pfandleihgewerbe vom 17. März 1881 unterworfen sind, sind demgemäß auch die Voraussetzungen des § 5 dieses Gesetzes: „die Eintragung im Pfandbuche und der vorgeschriebene Inhalt dieser Eintragung" zum Erwerbe nöthig.

§ 17.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten,[1] Bestimmungen zu treffen, nach welchen[2]

1. den Inhabern der von Gemeinden oder anderen Verbänden, von Korporationen, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien oder Genossenschaften ausgestellten Pfandbriefe oder ähnlicher auf Grund erworbener Forderungen von demselben ausgestellter Werthpapiere[3] an solchen Forderungen ein Faustpfandrecht im

Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, daß einem Vertreter sämmtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der über die Forderungen lautenden Urkunden übertragen oder auf diesen Urkunden die Gewährung des Pfandrechts vermerkt wird;

2. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Nr. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, an gewissen beweglichen körperlichen Sachen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, daß einem Vertreter sämmtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der Sachen übertragen wird;

3. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Nr. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstehen, dadurch gewährt werden kann, daß die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldenbuch eingetragen werden.

1) Die Inhaber von Pfandbriefen, Hypotheken, Certifikaten, Prioritätsobligationen und ähnlichen Papieren sind durch den Wortlaut der Urkunden vielfach zu dem irrthümlichen Glauben veranlaßt, als hätten sie ein Pfand- oder Vorrecht an dem Vermögen der Institute bez. Gesellschaften oder an einzelnen Gegenständen. Die Sicherung solcher Rechte (für Oesterreich-Ungarn durch die Ges. v. 24. April und 19. Mai 1874 geregelt) ist mehrfach angeregt. Behrend Zeitschr. Bd. 8 S. 325. Vgl. über die östreichische Gesetzgebung R.O.H. 24, 168 ff. 188. Wenngleich allseitig bei dem allgemeinen Verkehr der Institute und der Papiere die Regelung durch die Reichsgesetzgebung wünschenswerth gefunden wurde, so war es zweifelhaft, ob eine allgemeine deutsche Gesetzgebung bis zur Gesetzeskraft der K.O. zu ermöglichen sei. Der Landesgesetzgebung sollte deshalb die Möglichkeit zur entsprechenden Regelung offen gelassen werden, welche an sich über den Bereich einer K.O. hinaus greifen müßte. Von der R.K. wurde eine Resolution beschlossen, den Reichskanzler zu ersuchen, wo möglich noch vor dem Inkrafttreten der K.O. die einheitliche Regelung im Wege der Reichsgesetzgebung herbeizuführen. Mot. 474 bis 481. Prot. 205—211.

In den Reichstagssitzungen von 1879 und 1880 wurden darauf wiederholt Entwürfe zu Gesetzen behufs der Feststellung von Pfandrechten in Gemäßheit des § 17 E.G. vorgelegt. Sie gelangten indeß nicht zur Durchberathung und in der Sitzung von 1881 ist ein Entwurf nicht wieder vorgelegt, da die Ansichten über das Bedürfniß und über die Wirkungen einer entsprechenden Regelung sich einer solchen in neuerer Zeit weniger günstig zeigten. Vgl. Dr. Jul. Goldschmidt: Deutsche Hypothekenbanken, 1880 und Rassow u. Küntzel, Beitr. Bd. 24 S. 915.

2) Im E. war vorgeschlagen: „der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Bestimmungen zu treffen, nach welchen für den Fall eines K.Verfahrens über das Vermögen von Gemeinden, Verbänden, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Genossenschaften den Inhabern der von denselben ausgestellten Banknoten, Pfandbriefen oder auf einer Anleihe beruhenden Schuldverschreibungen

1. an einzelnen beweglichen körperlichen Sachen, Forderungen und Vermögensrechten das Absonderungsrecht der Faustpfandgläubiger dadurch gewährt werden kann, daß die Ausübung des Pfandbesitzes einem Vertreter sämmtlicher Inhaber übertragen wird;
2. ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten K.Gläubigern, deren Forderungen später entstehen, dadurch gewährt werden kann, daß die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldenbuch eingetragen werden." Mot. 478—481.

Hierfür substituirte die R.K., indem sie zugleich hinsichtlich der Banknoten den in Anm. 2 zu § 12 erwähnten Zusatz zum § 12 E.G. beschloß, den jetzigen Inhalt des § 17. Prot. 205—211.

3) Der Passus: „auf Grund erworbener Forderungen ausgestellter" soll sich nicht blos auf „ähnliche Werthpapiere", sondern ebenso auch auf „Pfandbriefe" beziehen, für welche eine solche Ausstellung vorausgesetzt ist. — „Ausgestellt" umfaßt hier und ebenso in Nr. 2 und 3, daß die Papiere zugleich „ausgegeben" sind, um ein wirksames Pfandrecht bez. Vorrecht zu begründen. Prot. 208, 209.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 10. Februar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

Anhang.

I.

Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879.

(R.G.Bl. S. 277—280.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstages, was folgt:

Die Grundsätze des zugleich mit der K.O. am 1. Oktober 1879 in Kraft getretenen Anfechtungs-Gesetzes vom 21. Juli 1879 für die außerhalb eines Konkursverfahrens erfolgende Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners entsprechen den Grundsätzen, welche der Konkursanfechtung in den §§ 22 bis 34 zu Grunde gelegt sind. Die Motive des Gesetzes nehmen daher auch im Wesentlichen auf die Mot. der K.O. Bezug. Die Vorschriften weichen nur insoweit ab, als die verschiedenen Zwecke der Zurückführung entzogener Objekte zur K.Masse einerseits und der Verwendung solcher zur Befriedigung einzelner Gläubiger andererseits dies erfordern. Der Zweck des Schutzes der Gläubiger gegen Verletzungen eines Befriedigungsrechts ist für beiderlei Anfechtungen derselbe. Für beide besteht nach der K.O. und dem Anfecht.Ges. gemeinsam die Grundlage des Anfechtungsrechts nicht in einem gegen den Anfechtenden gerichteten Betruge oder einer, dem Anfechtenden gerade durch die angefochtene Handlung verursachten Benachtheiligung; und es kommt demzufolge „nicht darauf an, ob der Schuldner schon zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig gewesen oder durch dieselbe es geworden, noch darauf, ob die Forderung des Gläubigers schon vor der Rechtshandlung entstanden war" (vgl. Anm. 5 zu § 1); sondern darauf, daß die Befriedigung des Gläubigers zur Zeit, wo sie verlangt wird, wegen des Mangels an bereiten Vermögensobjekten nicht erfolgen kann und daß vom Schuldner aus dessen Vermögen Befriedigungsobjekte entweder im betrüglichen Einverständnisse mit dem Empfänger — auf die Benachtheiligung der Gläubiger gerichtet (gleichviel wer betroffen werden sollte oder wurde) — entzogen sind oder durch unentgeltliche Verfügungen des Schuldners, welche wegen der Verkürzung des Gläubigerrechts unberechtigt erklärt sind, entzogen wurden. Demgemäß beruht auch die Einzelnanfechtung nach dem Ges. v. 21. Juli 1879 hinsichtlich der entgeltlichen Verfügungen des Schuldners auf der bewußten Verletzung des Befriedigungsrechts des Gläubigers und hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen des Schuldners auf dem rechtlosen Haben des bereicherten Empfängers. Vgl. über Zweck und Rechtsnatur der Anfechtung Vorbem. 1 vor § 22. Ueber das gemeine Recht für Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens vgl. Windscheid II. § 463; Otto Anf. S. 212—218.

Litteratur:
1. Ges. betr. d. Anfecht. v. Rechtsh. u. s. w. erläutert v. W. Kranichfeld, Leipzig 1880.
2. Ges. betr. d. Anfecht. u. s. w. erläutert von B. Hartmann, Berlin bei C. Heymann, 1880.
3. Die Anfechtung von Rechtshandl. u. s. w. nach gem. sächs. u. deutschem Reichsrechte v. Dr. B. Otto, Leipzig 1881.

---

§ 1.

Rechtshandlungen eines Schuldners[1] können außerhalb des Konkursverfahrens[2] zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers[3] als diesem gegenüber unwirksam[4] nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.[5]

1) Rechtshandlungen eines Schuldners. Die Einzelnanfechtung, wie die Konkursanfechtung, kann nur die Wirksamkeit von Rechtshandlungen des Schuldners zum Gegenstande haben. Ueber den Begriff der Rechtshandlungen gilt hier überall dasselbe, wie für die Konkursanfechtung in Anm. 1 zu § 22 K.O. bemerkt ist. Insbesondere sind auch hier die gegen den Schuldner gerichteten Zwangsvollstreckungen und Arreste als Rechtshandlungen des Schuldners anfechtbar, vgl. § 6. Ebenso gilt von Unterlassungen, von den Rechtshandlungen eines Bevollmächtigten des Schuldners und von der Anfechtung der Rechtshandlungen hinsichtlich des dem Schuldner mit Anderen gemeinschaftlich gehörigen Eigenthums das in Anm. 1 zu § 22 Gesagte.

2) „Außerhalb des K.Verfahrens." Dem Gesetze sind im Gegensatze zu den vom K.Verwalter zu betreibenden K.Anfechtungen, § 29, alle von einzelnen Gläubigern zu betreibenden Anfechtungen unterworfen. Auch jene erfolgen insofern außerhalb des K.Verfahrens, als sie selbst nicht ein Theil des K.Verfahrens sind; sondern sie werden entweder durch gütliche Erledigung nach Geltendmachung des Verwalters ohne Betheiligung des K.Gerichts geordnet oder in Prozessen, welche außerhalb des K.Gerichts im gewöhnlichen Verfahren geführt werden, erledigt. Indeß nicht in diesem Sinne der formellen Betreibung ist die Anfechtung außerhalb des K.Verfahrens hier verstanden, sondern in der Bedeutung, daß die materiellen Voraussetzungen und Wirkungen nicht diejenigen sind, welche bei der durch den Konkurs ermöglichten Anfechtung gemäß K.O. §§ 22 bis 34 gelten. Unter das Gesetz fallen als nach den allgemeinen Grundsätzen von dem Konkurse, auch wenn ein solcher schwebt, materiell überhaupt nicht berührt 1. die Anfechtungen absonderungsberechtigter Gläubiger, 2. die Anfechtungen, welche solche Vermögensgegenstände betreffen, die nicht zur K.Masse gehören, vgl. § 13 Abs. 5; und ferner 3. als von einem Konkurse zur Zeit nicht betroffen, die Anfechtung einzelner Gläubiger, so lange es nicht zum Konkurse kommt und die Anfechtung nach Beendigung eines Konkursverfahrens. Bei den Anfechtungen zu 2 und 3 kann der K.Verwalter nicht betheiligt sein; über die Konkurrenz des Verwalters mit Absonderungsberechtigten (zu 1) vgl. Anm. 2 zu § 29.

Für die Gläubiger, welchen das Gesetz die Anfechtungsrechte giebt, hat das Gesetz die Bedeutung, an die Stelle derjenigen Rechte zu treten, welche einer bewußten oder durch unentgeltliche Verfügungen des Schuldners bewirkten, Verkürzung der Befriedigungsrechte der Gläubiger entgegentreten. Das Gesetz ersetzt also die materiell-rechtlichen Bestimmungen der Paulianischen Klage und ihrer landesgesetzlich an deren Stelle geltenden Modifikationen. Dagegen bleiben unberührt die dem Schuldner selbst oder seinen Gläubigern zustehenden, weiter gehenden Rechte auf Anfechtung aus anderen civilrechtlichen oder prozessualischen Gründen (Simulation, Irrthum u. s. w.); für die Gläu-

biger freilich nur, soweit das Gesetz sie als berechtigt erklärt, die zwischen ihrem Schuldner und einem Dritten stattfindenden Verhandlungen anzugreifen.

Für Preußen sind demgemäß das Gesetz vom 9. Mai 1855 „betreffend die Befugniß der Gläubiger zu Anfechtungen der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses" im Gebiete des A.L.R. und der A.G.O., sowie die Bestimmungen der preuß. K.O. v. 8. Mai 1855 §§ 373—375, 381 über Anfechtungen beim Prioritätsverfahren in Folge von Mobiliar-Exekutionen, — welche Vorschriften für diese Fälle die Anwendung der paulianischen und quasi-paulianischen Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens regelten, — durch das Gesetz vom 21. Juli 1879 ersetzt, während die §§ 362—372, 376—382 der preuß. K.O. im Uebrigen durch die Vorschriften der C.P.O. über die Zwangsvollstreckung erfolgt sind. Ebenso werden die Anfechtungsgründe, welche § 71 Nr. 1—5 der preuß. Subhast.-Ordn. v. 15. März 1869 für die Anfechtung bei der Kaufgelderbelegung in der Immobiliar-Subhastation — dem § 393 der preuß. K.O. entsprechend — bestimmte, durch die Anfechtungsgründe des § 3 des Ges. v. 31. Juli 1879 ersetzt. Eine Aufrechterhaltung des § 71 Subh.-Ordn. neben dem jetzigen Anfecht.-Ges. würde der Absicht des letzteren, reichsgesetzlich derartige Anfechtungen außerhalb des Konkursverfahrens erschöpfend zu regeln, widersprechen. Vgl. auch Kurlbaum Sub.-O. unter dem Einflusse der deutschen Justizges. S. 74 und Küntzel in Rassow u. Küntzel Beitr. Bd. 25 S. 490. Der Vorbehalt, welchen die C.P.O. § 757 für die Landesgesetzgebung hinsichtlich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des Vertheilungsverfahrens bestimmt, betrifft das Verfahren. Durch diesen Vorbehalt werden daher die materiell-rechtlichen Vorschriften des § 71 Subh.-O. gegenüber dem reichsgesetzlichen Eingriffe, welchen das Anf.-Ges. in alle materiellen Anfechtungsrechte außerhalb des Konkursverfahrens enthält, nicht aufrecht erhalten. Ebenso ist § 71 nicht durch den im § 39 K.O. bestimmten Vorbehalt der landesgesetzlichen Rechte für Absonderungsberechtigte hinsichtlich der Immobiliarmasse konservirt. Während § 39 K.O. über die Absonderung hinsichtlich dieser Masse bestimmt, befindet sich die sedes materiae für alle Anfechtungen außerhalb des K.Verfahrens, also auch derjenigen bei Angriffen der Absonderungsberechtigten auf die Immobiliarmasse, in unserem Anfecht.-Ges. Ohnehin sind im § 39 Abs. 2 K.O. auch für die Rangordnung in der Immobiliarmasse in erster Reihe die Reichsgesetze vor den Landesgesetzen vorbehalten. Neben den Anfechtungsgründen des § 71 Nr. 1—5 Subh.-O. ist auch aus gleichen Gründen die Vorschrift des § 71 fortgefallen, daß die Anfechtung nach Maßgabe der — an sich nach Obigem aufgehobenen — Bestimmungen des ersten Abschnitts des fünften Titels der preuß. K.O. (§§ 362—276) bez. 375 zu erfolgen habe. — Dagegen sind gemäß § 757 C.P.O. die Vorschriften der §§ 72, 73 Subh.-O. über die Einfügung der Anfechtung in das Verfahren der Kaufgeldervertheilung, über die Bestimmung der Prozeßparteirollen und über den Einfluß auf die Auszahlung als noch geltende anzusehen, soweit nicht wieder nach § 757 Abs. 3 C.P.O. für besondere Prozesse bez. Vertheilungsstreitigkeiten die Vorschriften C.P.O. bez. der §§ 765—768 anwendbar werden. Ebenso werden die Vorschriften des § 70 Abs. 2, 3 Subh.-O. als aufrecht erhalten anzusehen sein, wonach jeder Realgläubiger und der Subhastations-Extrahent die Richtigkeit, das Realrecht und das Vorrecht anderer Forderungen zu bestreiten befugt ist, soweit durch deren Theilnahme seine Befriedigung beeinträchtigt wird. Diese Vorschrift gehört zu der civilrechtlichen Abgrenzung der Befugnisse der Absonderungsberechtigten bez. der bei der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Eigenthum Betheiligten, vgl. K.O. §§ 3, 39, C.P.O. § 757. Aus demselben Grunde wird man diesen Interessenten im Sinne des § 71 (Einleitungsworte) im Subhastationsverfahren auch die Befugniß bez. Legitimation zugestehen müssen, die, wenngleich materiell, im Uebrigen jetzt durch das Ges. v. 21. Juli 1879 bestimmte Anfechtung ohne den Nachweis einer sonstigen Vermögens-

unzulänglichkeit des Schuldners und ohne den Nachweis eines eigenen schon vollstreckbaren Schuldtitels geltend zu machen. Ob freilich in diesen Beziehungen eine Modifikation des § 2 des Anf.-Ges. v. 21. Juli 1879 durch K.O. §§ 3, 39 und durch das im § 71 Subh.-O. mit ausgedrückte landesgesetzliche Recht gerechtfertigt ist, unterliegt immerhin erheblichen Bedenken.

3) „Zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers." Der in diesen Worten bezeichnete Zweck des Anfechtungsrechts, dessen Tragweite durch die §§ 7, 8 näher bestimmt wird, hat zur Folge, daß sich der Anfechtungsanspruch (ebenso wie die K.Anfechtung) gegen den dritten Empfänger der Befriedigungsmittel (§§ 7, 9) und nicht gegen den Schuldner richtet, und daß andererseits der Anfechtungsgegner dadurch, daß er den Gläubiger befriedigt, den auf entsprechende Rückgewähr der Befriedigungsmittel gerichteten Anfechtungsantrag beseitigen kann. Befriedigt der Empfänger den Anfechtenden, so hat er das hierzu Hergegebene nach Grund und Absicht der Betheiligten nicht als Gegenleistung an den Schuldner (§ 8), sondern als Rückgewährs-Leistung auf seine im § 7 ausgedrückte Anfechtungsschuld gegeben und insoweit diese Rückgewährschuld in Höhe des Gegebenen getilgt; was ihm in gleicher Höhe auch gegenüber den später angreifenden Gläubigern als Einwand zu Gute kommen muß. Mot. S. 663 zu § 7. Otto S. 240, 241.

4) „Als diesem Gläubiger gegenüber unwirksam." Die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung besteht darin, daß relativ für das Verhältniß des Anfechtungsgegners zu dem anfechtenden Gläubiger die angefochtene Rechtshandlung als nicht geschehen angesehen und das in Folge der Rechtshandlung dem Vermögen des Schuldners Entzogene noch als zu diesem Vermögen gehörig behandelt wird. In dieser Beziehung gilt das in Anm. 3 zu § 22 Bemerkte. Hierdurch ist auch der im Anfechtungsprozesse vom Gläubiger zu stellende Antrag, § 9, bestimmt. Dem Schuldner gegenüber bleibt die Rechtshandlung mit Gewährleistungspflicht des Schuldners wirksam. Auch andere Gläubiger können sich nicht auf die von Einem derselben für sich erstrittene Unwirksamkeit berufen. Wiefern der Empfänger das Erhaltene auf Andere wirksam oder nur anfechtbar übertragen kann, wird durch § 11 bestimmt. — Der charakteristische Unterschied zwischen der Konkursanfechtung der §§ 22—34 und der Anfechtung aus dem Anf.-Ges. liegt darin, daß die erstere, wenn erfolgreich, als allen K.Gläubigern gegenüber unwirksam, der K.Masse den gesammten durch die Rechtshandlung entzogenen Werth zurückführt und durch den Verwalter im Interesse der Masse durchzuführen ist, und dagegen die Einzelanfechtung nur die Unwirksamkeit für den einzelnen Gläubiger in Höhe seines Befriedigungsrechts zur Folge hat, und von dem einzelnen Gläubiger geltend zu machen ist.

5) Dadurch, daß die Anfechtung mit der Wirkung der relativen Unwirksamkeit „nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen", also §§ 2—14 statthaft ist, sind weitere Erfordernisse für diese Anfechtung für unnöthig erklärt. In Uebereinstimmung mit der Konkursanfechtung ist es also nicht nöthig, daß gegen den Anfechtenden gerade durch die Rechtshandlung ein Betrug begangen ist, daß der Anfechtende gerade durch die Handlung benachtheiligt ist, daß die Forderung des Anfechtenden schon zur Zeit der angefochtenen Handlung entstanden war (a.M. ohne Grund Kranichfeld S. 23 Nr. 9, vgl. dagegen Hartmann S. 39) oder daß dem Schuldner schon zur Zeit der Handlung oder in Folge derselben die bereiten Befriedigungsmittel fehlten. Vgl. darüber Anm. 1 zu § 22 und Vorbem. vor § 1 dies. Ges. — Die im Anf.-Ges. allein zugelassenen Anfechtungsgründe des § 3 entsprechen den §§ 24, 25 K.O. Ein dem § 23 K.O. entsprechender Anfechtungsgrund ist im Anf.-Ges. nicht statthaft erklärt; der § 23 bleibt deshalb der Konkursanfechtung eigenthümlich und ist für die Einzeln-Anfechtung auch nicht analog anzuwenden.

Die Anfechtung kann wie die Konkursanfechtung im Wege der Klage oder der Einrede erfolgen, je nachdem eins oder das andere zur Erreichung der Wirkung: Unwirksamkeit der Rechtshandlung, als sei sie nicht geschehen, nöthig ist, §§ 5, 9. Ausgeschlossen ist indeß durch § 9 der Weg der Feststellungsklage. Durch die gewöhnliche thatsächliche Lage, worin der Gläubiger meistens aus dem Besitze Dritter entzogene Werthe zu verlangen interessirt ist, und seltener nur sich darauf zu beschränken braucht, ein Recht zu konserviren bez. zu vertheidigen, wird die Anfechtungsklage des Gläubigers der gewöhnliche Weg. Die Anfechtung kann jedoch als Einrede bez. durch Widerklage namentlich auch dann geltend gemacht werden, wenn die Zwangsvollstreckung in ein Objekt als dem Schuldner noch gehörig erfolgt ist, und der Anfechtungsgegner nach C.P.O. § 690 als Exekutionsintervenient die Beseitigung der Zwangsvollstreckung erstrebt.

Hinsichtlich des Gerichtsstandes für die selbständig geltend zu machende Anfechtungsklage und hinsichtlich der Kollision der örtlichen Rechte behufs der Entscheidung der Frage, ob der Empfänger unanfechtbar erworben hat, gelten die Bemerkungen in Anm. 5 zu § 22. Hinsichtlich der Frage, welches Recht bei Wechsel der Gesetzgebung in der Zeit zwischen der Rechtshandlung und der Anfechtung anwendbar ist, vgl. Anm. zu § 14 d. Ges. u. zu § 9 E.G.

§ 2.

Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat[1)] und dessen Forderung fällig ist,[2)] befugt, sofern die Zwangsvollstrellung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde.[3)]

1) Anfechtungserfordernisse für die Forderung des Gläubigers. Die Voraussetzungen für den Anfechtungsanspruch sind nach § 2: I. für die subjektive Berechtigung des Gläubigers: a) daß er für seine Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und b) daß die Forderung fällig ist; II. für den objektiven Vermögenszustand des Schuldners, daß ihm die durch Zwangsvollstreckung zu erreichenden Mittel zur Befriedigung des Gläubigers fehlen. Alle diese Erfordernisse müssen zur Zeit der Erhebung des Anfechtungsanspruchs vorhanden und nicht erst noch zu erwarten sein, damit der Anfechtungsanspruch begründet ist. „Zur Anfechtung ist befugt."

Vollstreckbarkeit. Was zu den vollstreckbaren Schuldtiteln gehört, ergiebt sich aus C.P.O. §§ 644, 648 ff., 702, 706, — 660, 868; Str.P. § 495; R.Anw.O. §§ 94, 97. Vgl. landesgesetzlich für Preußen: Ausf.-Ges. v. 24. März 1879 §§ 14, 15 und Ges. über Verwaltungszwangsverf. v. 7. Sept. 1879, G.S. S. 591. — Das Anfechtungsrecht, zum Schutze des Gläubigers durch die positive Gesetzgebung bestimmt und an sich nicht begrifflich zur Forderung schon mit deren Entstehung gehörig, ist dem Gläubiger nicht als ein schon mit der Forderung geborenes Recht gegeben, sondern als ein Recht, welches er erst erhält, wenn die Forderung vollstreckbar ist, somit als ein Theil seines Exekutionsrechts. Es ist eine Ergänzung der Exekutionsmittel und dies ist im § 2 auch dadurch ausgedrückt, daß die Befugniß erst besteht, wenn der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel erlangt hat. Vorher ist sie noch gar nicht entstanden. Dem entspricht auch, daß das im § 4 für eine frühere Zeit gegebene Mittel lediglich dazu dienen kann und soll, um die Möglichkeit zu bieten, das Anfechtungsrecht später mit der Vollstreckbarkeit zu erwerben, nicht aber die schon frühere Existenz eines bedingten Anfechtungsanspruchs konstruirt. Insofern ist für den Zeitpunkt der Entstehung des Anfechtungsrechts diese Natur desselben als einer Exekutionsergänzung auch mit Recht schon in den Entsch. 73,

125 und 77, 198 sowie vom Reichsger. in Rassow und Küntzel Bd. 24 S. 1060 angenommen, — unbeschadet der zur Vervollständigung der Charakteristik dienenden ferneren Postulate, daß dies Exekutionsmittel nur dann gegeben ist, wenn der Besitz des Anfechtungsgegners auf einem deliktmäßigen Erwerbe oder auf einem unter bestimmten Bedingungen dem Gläubiger gegenüber rechtlos erklärten unentgeltlichen Erwerbe beruht.

Der Anfechtungsanspruch ist in Folge seiner Entstehung mit der Vollstreckbarkeit vorher nicht einmal als bedingter durch Klage geltend zu machen; nur ausnahmsweise ist dem Gläubiger im § 5 das Recht gegeben, im Wege der Einrede den Anspruch als bedingten einzuwenden. — Das Anfechtungsrecht ist auch nur mit der unbedingten, rechtskräftigen Vollstreckbarkeit ausführbar; für den nur vorläufig bez. unter Vorbehalt vollstreckbaren Schuldtitel bleibt die Ausführung des Anfechtungsanspruchs suspendirt, vgl. § 10.

Vorausgesetzt ist, daß die Forderung derartig vollstreckbar ist, daß „die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners" erfolgen und durch die Exekutionsmittel unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers bewirkt werden kann; wie die fernere Voraussetzung des § 2 und der Zweck des Anspruchs nach §§ 1, 7 ergeben. („Zum Zwecke der Befriedigung" § 1 u. „Zurückgewährung" § 7.) Ein wenngleich rechtskräftiges Urtheil auf Handlungen oder Unterlassungen, z. B. auf Rechnungslegung oder auf einen, in separato erst noch festzustellenden Betrag ist nicht vollstreckbar, Entsch. 77, 197. Der Gläubiger muß die Vollstreckbarkeit für einen bestimmten Schuldbetrag nachweisen. Mot. Hartmann S. 24.

Die Vollstreckbarkeit vorausgesetzt, ist der Gläubiger zur Anfechtung befugt, ohne Unterschied, ob die Forderung eine *persönliche*, auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners im Allgemeinen gerichtet ist oder *zugleich* mit einem *Absonderungsrechte* versehen oder eine nur *dingliche* ist. Indeß kann ein Gläubiger, welcher eine nur dingliche Forderung, also nur ein Exekutionsrecht hinsichtlich eines bestimmten Vermögensobjekts hat, nicht ein Anfechtungsrecht gegen eine Rechtshandlung geltend machen, welche ein seinem Rechte ganz fremdes Vermögensobjekt betrifft. Er kann nicht ein Recht auf Zurückgewährung eines Objekts haben, welches, wenn dem Schuldner niemals entzogen, zum Zwecke *seiner* Befriedigung von ihm nicht hätte verwendet werden dürfen. — Wird eine Hypothek oder Grundschuld angefochten, so kann, da die Wirkung der Anfechtung nur in der Unwirksamkeit dem Anfechtenden gegenüber besteht, die Folge auch stets nur sein, daß sie, soweit die Befriedigung des Anfechtenden davon abhängt, als nicht bestehend angesehen wird. Wird bei der Kaufgelderbelegung der preuß. Subhastation eine zur Auszahlung gelangende Hypothek nur von *einem* dritten Gläubiger angefochten, während die anderen, wenngleich diesem vorgehenden Gläubiger keinen Widerspruch erheben, so kann der Anfechtende in Folge der relativen Wirkung seiner Anfechtung den auf die angefochtene Hypothek fallenden Betrag zu seiner Befriedigung verwendet verlangen.

Die Vollstreckbarkeit muß behufs der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners bestehen; indeß genügt sie, wenn gegen einen Schuldner vorhanden, auch zur Anfechtung von Rechtshandlungen aller derjenigen — Erben und sonstiger Rechtsnachfolger, C.P.O. §§ 665, 693 ff., 236 — gegen welche der Schuldtitel ebenfalls vollstreckbar ist. Daß die Vollstreckbarkeit zur Zeit der Anfechtung bereits durch eine Vollstreckungsklausel konstatirt sein müsse, wird vom Gesetze nicht verlangt.

Einwendungen des *Gegners gegen den vollstreckbaren* Schuldtitel. Das Erforderniß des vollstreckbaren Schuldtitels soll den Anfechtenden als Gläubiger des Schuldners dem Dritten gegenüber legitimiren. Der Gegner hat nicht das Recht, einen andern Nachweis für die Gläubiger-Qualität zu fordern und den Anfechtenden zu zwingen, die gegen den Schuldner nachgewiesene Forderung nochmals gegen den Anfechtungsgegner zu beweisen. Entsch. 67, 353. Indeß bei seinem Interesse und seinem Rechte,

nur einem noch bestehenden Schuldverhältnisse des Schuldners und einer redlichen und nicht dolos aufgestellten Forderung weichen zu müssen, kann der Anfechtungsgegner dem vollstreckbaren Schuldtitel 1. alle Einwendungen entgegensetzen, welche der Schuldner selbst gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel bez. der Vollstreckbarkeit des Titels gegen sie haben würde, C.P.O. §§ 668, 687; 2. alle Einwendungen, welche darauf beruhen, daß der Schuldtitel nur durch Kollusion des Schuldners mit dem Gläubiger erwirkt sei und bei redlichem Verhalten auch gegen den Schuldner selbst nicht hätte erfolgen dürfen, exc. doli, Entsch. 67, 357; 3. alle Einwendungen, welche für den Schuldner selbst nach der formalen Begründung der Vollstreckbarkeit zulässig sind, vgl. C.P.O. §§ 686 Abs. 2, 704 Abs. 2, 705 Abs. 4, insbesondere also die Einrede der Befriedigung bez. Beseitigung der Forderung des Gläubigers. Mot. 659. Der veränderten prozessualen Rechtsstellung entsprechend hat jedoch der Anfechtungsgegner diese Einwendungen nicht in der Form der Klage, wie ein Schuldner, gegen welchen Zwangsvollstreckung veranlaßt ist, geltend zu machen, sondern als Einwendungen des Beklagten in seinem Anfechtungsprozesse. Aus gleichem Grunde ist er auch dieser Prozeßstellung gemäß nur durch C.P.O. § 251 hinsichtlich der Zeit seiner Geltendmachung beschränkt, nicht durch § 686 Abs. 3 hinsichtlich einer sofortigen Gleichzeitigkeit. Hartmann S. 25, 26. Aus der Bemerkung in den Mot., daß der Titel nicht eine Rechtskraft gegen einen Dritten erzeuge, will Otto S. 239 noch weitergehend schließen, daß der Gegner alle Einwendungen gegen die Entstehung der Forderung selbständig habe, und daß die vorgeschriebene Beibringung der Titel nur dahin wirke, dem Gegner die Beweislast für das Nichtbestehen der Forderung aufzubürden. Indeß aus der Selbständigkeit des Rechts des Gegners folgt nicht, daß das gegen den Schuldner ergangene Urtheil nochmals ihm gegenüber objektiv zu prüfen ist, was sowohl in den Mot. abgelehnt, als auch in den Entsch. 67, 356 bereits für das gleiche Verhältniß des preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 widerlegt ist. Vielmehr ist daraus, daß mit der Vollstreckbarkeit das Anfechtungsrecht verbunden ist, nur ebenso wie im Falle der Exekutions-Intervention eines Dritten, C.P.O. § 690, die Folge zu ziehen, daß der Dritte lediglich die bestehende bez. noch fortdauernde Vollstreckbarkeit insoweit angreifen kann, als auch der Schuldner, gegen welchen sie wirken soll, sie nicht anzuerkennen braucht; daß er außerdem aber aus eigenem Rechte nur den für das Verhältniß des Anfechtenden gegen ihn wesentlichen dolus beseitigen und angreifen kann.

2) Fälligkeit der Forderung. b) So wie das Anfechtungsrecht nicht vor der Vollstreckbarkeit der Forderung besteht, so besteht es auch nicht vor ihrer Fälligkeit; also weder für eine aufschiebend bedingte, noch für eine betagte Forderung. Daraus folgt, daß, auch wenn das Recht auf spätere Zahlung (in Raten z. B. für Alimente) bereits als bedingt oder betagt vorhanden judikatmäßig festgestellt ist, für einen solchen Anspruch vor der Fälligkeit ein Anfechtungsanspruch noch nicht entstanden ist. Für das preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 § 1, welches Vollstreckbarkeit verlangte, ohne die Fälligkeit zu erwähnen, hatte das Obertrib. zu Berlin die Zulässigkeit der Anfechtungsklage auch für die später fällig werdenden Raten angenommen, Präjud. Nr. 1041 und Entsch. 21, 252. Indeß im Urtheil des Reichsger. in Rassow u. Küntzel Bd. 24 S. 1060 ist selbst für dies preuß. Ges. die Unzulässigkeit der Anfechtung für die noch nicht fällige Forderung aus dem Erfordernisse der Vollstreckbarkeit hergeleitet. Für das jetzige Anf.-Ges. kann bei der ausdrücklichen Aufstellung der Fälligkeit als Erforderniß kein Zweifel sein, daß ohne Rücksicht auf eine frühere bedingte oder unbedingte Entstehung des Rechtes selbst der Anfechtungsanspruch nicht vor der Fälligkeit entsteht. Eine betagte oder bedingte Forderung erzeugt demnach nicht schon von selbst mit dem Entstehen der Forderung einen betagten oder bedingten Anfechtungsanspruch gegen den Dritten. Demgemäß kann vor dem Entstehen des Anfechtungsanspruchs bez. vor der Fälligkeit der For-

derung eine Sicherung eines noch nicht bestehenden Rechts durch Arrest nicht verlangt werden (ebenso aus anderen Gründen, Hartmann S. 21, 22); auch nicht durch einstweilige Verfügung, welche ebenfalls ein schon vorhandenes Recht voraussetzt, C.P.O. § 814 (a.M. Hartmann S. 22).

3. II. Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Der Anfechtende, welcher die Bedingungen seiner Anfechtung beweisen muß, hat auch die fernere in der Person des Schuldners zu beweisen, daß (zur Zeit der Anfechtung, vgl. Anm. 1) der Schuldner zahlungsunfähig ist. Unter Beseitigung der kasuistischen Vorschriften des preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 §§ 2—4 ist das Erforderniß im Anschlusse an C.P.O. § 711 dahin aufgestellt, daß „die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde"; d. h. hinsichtlich der letzteren Alternative objektiv ausgedrückt, daß der Vermögenszustand des Schuldners nicht genügende, im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwendende Mittel bietet, um zur Zeit die Befriedigung des Gläubigers zu bewirken. Ob letzteres der Fall ist, unterliegt der richterlichen Thatsachenwürdigung — nicht als eine Thatsache für sich, sondern als Schlußfolgerung aus Thatsachen, worüber als über eine solche daher auch keine Eideszuschiebung möglich ist. C.P.O. § 259. Für keine der beiden Alternativen brauchen die Parteien für die Führung des Beweises und Gegenbeweises darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Schuldner noch andere Gläubiger hat und diese ebenfalls gleichzeitig befriedigen könnte. Mot. Die vom Gläubiger wegen seiner Forderung versuchte fruchtlose Zwangsvollstreckung genügt nach dem Wortlaute des § 2; der hierdurch geführte Nachweis ist nicht durch einen aus der zweiten Alternative entnommenen Gegenbeweis zu beseitigen, daß der Schuldner doch noch parate Exekutionsobjekte hat, welche nicht in Anschlag genommen sind. Indeß aus dem Zwecke der Vorschrift, aus der Gleichstellung der beiden Alternativen und aus dem im Erfordernisse zu II. liegenden subsidiären Exekutionsergänzungscharakter des Anfechtungsrechts ist soviel allerdings zu schließen, daß, sofern der Beweis für die erste Alternative geführt werden soll, die fruchtlose Zwangsvollstreckung nicht blos in einzelne Vermögensstücke stattgefunden haben muß, sondern „in das Vermögen des Schuldners" wie § 2 sagt, d. h. derartig gegen seine Gesammtvermögensobjekte gerichtet, daß bereite, zur Zwangsvollstreckung verwendbare, ohne Verheimlichung des Schuldners zu findende Mittel nicht unversucht gelassen sind. Der Nachweis des Gläubigers kann in gleicher allgemeiner Weise, wie § 2 angiebt, geführt werden und mag, sofern keine besondere Verdachtsgründe vorliegen, dafür ein einziger Akt fruchtloser Mobiliar-Exekution ausreichen. Ob ein solcher genügt, unterliegt dem richterlichen Ermessen. Eine rechtliche Vermuthung ist (gegen Otto S. 236) im Gesetze darüber nicht aufgestellt. Dem Gegner wird indeß der Einwand und der Nachweis nicht versagt werden dürfen, daß der Schuldner in der That noch genügende Exekutionsmittel, Werthpapiere, Forderungen, pfandfreie Grundstücke u. s. w. besitzt und nicht eine Zwangsvollstreckung „in das Vermögen" des Schuldners, sondern nur in einen Theil des Vermögens stattgefunden hat. Otto S. 234—236; Hartmann S. 27, 28. — Daß hinsichtlich der zweiten Alternative: der „Annahme" (d. h. Schlußfolgerung), daß eine Zwangsvollstreckung fruchtlos sein würde, alle Vermögensobjekte des Schuldners für den Beweis und Gegenbeweis in Betracht kommen, folgt aus dem Wortlaute.

Die Möglichkeit einer theilweisen Befriedigung in Folge einer Zwangsvollstreckung hat nicht zur Folge, daß insoweit ein Anfechtungsanspruch theilweise nicht begründet wäre; sondern sofern durch die Zwangsvollstreckung nicht „vollständige" Befriedigung zu erwarten ist, wird der Anfechtungsanspruch in vollem Umfange begründet. Der Gläubiger braucht sich dann nicht darauf verweisen lassen, seine Deckung theilweise durch Exekution zu suchen.

§ 3.

Anfechtbar sind:[1])

1. Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs[2]) geschlossenen entgeltlichen Verträge des Schuldners

   mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

   sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war;
3. die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs[2]) von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;
4. die in den letzten zwei Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs[2]) von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

1) Die Anfechtungsgründe des § 3 zu Nr. 1 und 2 stimmen wörtlich mit Konk.O. § 24 Nr. 1 und 2, und die zu Nr. 3 und 4 wörtlich mit den gleichen Gründen der K.O. § 25 Nr. 1 und 2 überein; mit dem alleinigen Unterschiede, daß als Zeitpunkt, vor welchem das letzte Jahr in Nr. 2 und 3 bez. die letzten zwei Jahre in Nr. 4 zu rechnen sind, in den §§ 24, 25 K.O. die Eröffnung des Konkurs-Verfahrens und im § 3 die Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs bestimmt ist. In allem Uebrigen ist daher auf die Anm. zu den §§ 24, 25 zu verweisen.

Nicht für die Anfechtung aus den §§ 22—34 K.O. bez. aus dem Anf.-Ges., aber für die Verfolgung von Ansprüchen des Schuldners gegen Dritte außerhalb dieser Anfechtungsrechte besteht ein Unterschied zwischen den Rechten des Verwalters und der einzelnen Gläubiger hinsichtlich der vom Schuldner simulirt geschlossenen Rechtsgeschäfte. Der Verwalter kann als Vertreter des G.Schuldners die Simulation als solche verfolgen; dem einzelnen Gläubiger, welcher nicht berechtigt ist, den Schuldner zu vertreten, würde dagegen der Dritte den Einwand mangelnder Aktivlegitimation entgegensetzen können, sofern nicht der Gläubiger durch Pfändung bez. Ueberweisung des Anspruchs auf Rückgabe der simulirt fortgegebenen Sache (C.P.O. § 745) seine prozessuale Angriffslegitimation begründet. Soweit für simulirte Geschäfte die Anfechtungsbedingungen

des § 3 vorhanden sind, unterliegen sie natürlich diesen Vorschriften ebenfalls. Hartmann S. 38, 39.

2) Der zur Fristberechnung zu Nr. 2—4 rechtshängig zu machende „Anfechtungsanspruch" verfolgt „die auf die Anfechtung gerichtete Klage oder Einwendung", wie das preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 § 5 sich ausdrückt, — nicht die Forderung, zu deren Gunsten die Anfechtung geltend gemacht wird, vgl. §§ 5, 9, 10 uns. Ges.

Die Rechtshängigkeit dieses Anspruchs ist nicht genau der Moment, in welchem der Anspruch zur Entstehung gelangt, sondern setzt die Entstehung als durch das Zusammentreffen der begründenden Momente schon vorher erfolgt voraus; sie empfahl sich indeß als Ausgangszeitpunkt der Frist wegen der leichteren Feststellung. — Durch welche Momente die Rechtshängigkeit bestimmt wird, ergiebt die C.P.O. §§ 235, 230, 254, 460, 461, 471. Zu beachten ist, daß die Rechtshängigkeit eines durch Widerklage, Klage-Aenderung oder Klage-Erweiterung erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs nur mit der mündlichen Verhandlung eintritt, in welcher der Anspruch geltend gemacht wird. C.P.O. § 254. Durch Einrede wird ein Anspruch überhaupt nicht rechtshängig, sondern nur durch Klage- oder Wiederklageanträge. Die jederzeit dem Parteiwillen hinsichtlich der Vorbringung des Verzichts und der Aenderung innerhalb der Prozeßgrenzen (C.P.O. § 251) unterliegende Einrede dokumentirt nicht die Absicht, den Anspruch unwiderruflich der Sachentscheidung zu unterwerfen. Die Vorschrift des § 254 ist in dieser Beziehung nur anwendbar, soweit überhaupt die Rechtshängigkeit eines Anspruchs eintreten kann. Zur Wahrung der Fristen der Nr. 2—4 muß also der Anspruch durch Klage oder Widerklage-Anträge geltend gemacht werden. Im Mahnverfahren kann die Anfechtung nicht geltend gemacht werden, weil die Voraussetzungen des § 628 C.P.O. bei der Anfechtung fehlen.

Die Fristen in Nr. 2—4 bleiben auch dann maßgebend, wenn der Anfechtungsprozeß durch demnächstige Konkurs-Eröffnung nach § 13 Abs. 2 unterbrochen und sodann vom Verwalter aufgenommen wird. In solchem Falle kann der Verwalter selbst Rechtshandlungen, welche schon vor den Fristen der K.O. §§ 24, 25 von 1 bez. 2 Jahren vor der K.Eröffnung erfolgt sind, auf Grund der früheren Geltendmachung der Einzeln-Anfechtung noch anfechten. Bleibt ein solcher schon bei der K.Eröffnung anhängiger Anspruch auch noch nach der Konkursbeendigung anhängig, so bleiben auch für die alsdann den einzelnen Gläubigern gestattete Verfolgung dieselben Fristen noch bestimmend. Vgl. Anm. zu § 13 Abs. 4. — War dagegen nicht schon zur Zeit der K.Eröffnung ein Anfechtungsanspruch rechtshängig, so sind während des Konkurses die einzelnen Gläubiger an der Geltendmachung einer Anfechtung gehindert; für die nach der K.Beendigung ihnen wieder zustehenden Anfechtungsrechte ist ihnen die Berechnung der Fristen der Nr. 2 bis 4 von der K.Eröffnung ab gestattet, wenn sie die Anfechtung binnen einem Jahre nach der Konkursbeendigung rechtshängig machen. § 13 Abs. 4. — Eine weitere Modifikation der Fristen gestatten §§ 4, 11 Abs. 3.

§ 4.

Hat der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte, oder seine Forderung fällig war, denjenigen, welchem gegenüber eine im § 3 Nr. 2 bis 4 bezeichnete Rechtshandlung vorgenommen ist, von seiner Absicht, die Handlung anzufechten, durch Zustellung eines Schriftsatzes in Kenntniß gesetzt, so wird die Frist von dem Zeitpunkte der Zustellung zurückgerechnet, sofern schon zu dieser Zeit der Schuldner zahlungs-

unfähig war und bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit diesem Zeitpunkte der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden ist.[1]

1) Im § 4 soll den Gläubigern, welchen die Anfechtung zur Zeit noch unmöglich ist, weil sie noch keinen vollstreckbaren Schuldtitel haben oder ihre Forderung nicht fällig ist, die Möglichkeit gegeben werden, Rechtshandlungen, welche sonst später nach Eintritt der Vollstreckbarkeit bez. Fälligkeit wegen Ablaufs der Fristen des § 3 Nr. 2—4 nicht mehr anfechten könnten, dennoch anzufechten, indem unter Umständen diese Fristen verlängert werden. Die Gläubiger können die Verlängerung erreichen, indem sie dem künftig von ihnen anzugreifenden Anfechtungsgegner ihre Angriffsabsicht durch Zustellung eines Schriftsatzes mittheilen; die Fristen werden dann von dieser Zustellung zurückgerechnet.

Die Voraussetzungen der Befugniß sind:

a. Der Berechtigte muß zur Zeit der Zustellung schon „Gläubiger" sein, seine Forderung also schon bestehen, wenngleich noch nicht vollstreckbar und fällig.
b. Die anzufechtende Rechtshandlung muß schon dem Anfechtungsgegner gegenüber „vorgenommen" sein.
c. Der Schuldner muß schon zur Zeit der Zustellung zahlungsunfähig gewesen sein, d. h. im Sinne der K.O. und des § 2 nicht überschuldet, insuffizient, sondern nicht in der Lage, seine fälligen Zahlungen zu leisten. Die Voraussetzungen braucht jedoch der Gläubiger erst im demnächstigen Anfechtungsprozesse als zur Begründung der Fristberechnung wesentlich nachzuweisen; die Zustellung hat dann keine Wirkung, wenn die Voraussetzungen nicht nachgewiesen sind. Zur Zeit der Zustellung ist weder ein Nachweis, noch eine Verhandlung darüber nöthig.

Die Mittheilung muß, um wirksam zu sein, durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen. Mündliche Mittheilung ist also unbedingt wirkungslos. Als nothwendiger Inhalt des Schriftsatzes ergiebt sich aus dem Zwecke und dem § 4 die Bezeichnung der Handlung, welche angefochten werden soll, der Forderung, für welche die Anfechtung erfolgen soll, und des mittheilenden Gläubigers selbst. Ein Mehreres, namentlich die Bezeichnung der Gesetzesbestimmung, auf Grund welcher der Gläubiger anfechten will (Kranichfeld S. 36), verlangt das Gesetz nicht; auch nicht die Vollziehung durch einen Anwalt, da es sich überhaupt nicht um einen Rechtsstreit handelt. Wie und durch wen die Zustellung erfolgt, ist nicht bestimmt und es kann daher keine Art obligatorisch sein. Die Wahl des Wortes: Zustellung, und die Nothwendigkeit, den Akt später nachzuweisen, lassen es, ungeachtet er noch außerhalb eines Rechtsstreits fällt, in Analogie der C.P.O. §§ 70, 744 natürlich erscheinen, daß ein Gerichtsvollzieher beauftragt wird und durch Aushändigung einer beglaubigten Abschrift des Schriftsatzes analog nach C.P.O. §§ 155, 156 zustellt. Nach dem preuß. Ausf.-Ges. v. 24. März 1879 § 1 Abs. 3 vertritt eine solche Zustellung auch in nicht gerichtlichen Angelegenheiten die Stelle einer gerichtlichen Bekanntmachung. Der Gerichtsschreiber ist einem Antrage auf desfallsige Vermittelung nach C.P.O. § 152 für einen solchen noch nicht prozessualischen Akt zu entsprechen nicht verpflichtet. A.M. Otto S. 234. Vorbehaltlich der Verpflichtung, die erfolgte Zustellung und den Inhalt des Zugestellten nöthigenfalls nachzuweisen, ist jedoch die Form des Schriftsatzes, welcher in einem Briefe bestehen kann, sowie die Form der Zustellung — durch einen Notar, durch die Post, durch einen Boten — um so mehr unerheblich, als für das Deutsche Reich keine gemeinschaftlichen Vorschriften über die Form von Zustellungen außerhalb eines Prozeßverfahrens bestehen und als auch landesgesetzlich nirgends Vorschriften darüber existiren werden, welche Formen allein als diejenigen der Zustellung eines Schriftsatzes außerhalb eines Verfahrens von Gerichten oder Behörden gelten sollen. — Zur Ergänzung des § 4 dient § 11 Abs. 3,

wenn der Anspruch gegen einen Rechtsnachfolger des ursprünglichen Empfängers erhoben werden soll.

Die Wirkung der Mittheilung besteht darin, daß die Fristen des § 3 Nr. 2 bis 4 von dem Zeitpunkte der Zustellung zurückgerechnet werden, jedoch nur in einem Anfechtungsprozesse, welcher bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit diesem Zeitpunkte rechtshängig geworden ist. Wird es dem Gläubiger nicht möglich, unter Erlangung eines vollstreckbaren Titels und unter Erwirkung der Fälligkeit der Forderung den Anfechtungsanspruch rechtshängig zu erheben, oder tritt die Fälligkeit erst später ein, so sind damit die Wirkungen der Mittheilung erloschen und die Anfechtbarkeit der Rechtshandlungen, soweit sie an die Fristen des § 3 Nr. 2 bis 4 gebunden ist, ist somit ihm gegenüber beseitigt. Die Frist von 2 Jahren ist (ebenso wie die Fristen des § 3 Nr. 2 bis 4) nicht eine prozessualische, sondern eine civilrechtliche, von den Gerichtsferien nicht beeinflußt und nach dem bürgerlichen Rechte zu berechnen. Es gilt von ihr, was von den Fristen des § 3, bez. K.O. §§ 24, 25; vgl. Anm. 3 zu § 24.

§ 5.

Die Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede kann erfolgen, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel für die Forderung erlangt ist; der Gläubiger hat denselben jedoch vor der Entscheidung binnen einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist beizubringen.[1]

1) Im § 5 (von der Reichstags-Kommission eingeschaltet) ist abweichend von § 2 die Zulässigkeit eines Einwandes aus der Anfechtung auch ohne vollstreckbaren Titel gestattet. Die Vorschrift trifft den Fall, wenn einem Besitzer ein Gegenstand oder ein Betrag seitens eines Dritten entzogen werden soll, dessen prätendirte Rechte auf einer anfechtbaren Handlung beruhen. Vgl. Anm. 1 zu § 7. In solchem Falle, allgemein wenn der Anfechtungsanspruch im Wege der Einrede geltend gemacht werden soll, kann von dem Erfordernisse des vollstreckbaren Schuldtitels für eine richterlich zu bestimmende Zeit noch Abstand genommen und die Prozeßentscheidung vertagt werden. Von den übrigen Erfordernissen des § 2: Fälligkeit der Forderung, und Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kann auch zeitweise nicht dispensirt werden. Sind diese Erfordernisse jedoch vorhanden, so kann das Gericht nicht die Einrede wegen des zur Zeit nicht vorliegenden vollstreckbaren Titels unberücksichtigt lassen, sondern der Gläubiger kann verlangen, daß der geltend gemachte Anspruch hinsichtlich seiner sonstigen Begründung (§ 3) geprüft und berücksichtigt werde. Dies liegt in den Worten: die Erhebung kann erfolgen. Ist der Anspruch aus anderen Gründen, weil eine der sonstigen Voraussetzungen der §§ 2, 3 fehlt, hinfällig, so braucht natürlich das Gericht nicht noch eine Frist zur Abwartung des vollstreckbaren Schuldtitels zu bestimmen und die Entscheidung auszusetzen, sondern kann den Anspruch aus den andern Gegengründen ablehnen. Nur die Erhebung des sonst abgesehen vom vollstreckbaren Schuldtitel begründeten Anspruchs ist im § 5 gemeint. Lediglich für eine Einrede, nicht für eine Widerklage kann die Befugniß aus § 5 geltend gemacht werden.

Das Gericht hat im Falle des § 5 eine Frist zu bestimmen und bis zum Ablauf der Frist die Entscheidung auszusetzen. Unter der Entscheidung ist die (durch Eid bedingte oder unbedingte) Endentscheidung im Sinne der C.P.O. §§ 272 ff. zu verstehen. Die Verhandlung der Sache, ein Beweisbeschluß, und eine Beweisaufnahme über den Anfechtungsanspruch oder über andere Streitpunkte brauchen nicht aufgeschoben zu werden.

Die Frist soll dazu dienen, um die Beibringung des Titels in derselben zu ermöglichen und ist demgemäß abzumessen. Das Verfahren entspricht dem für § 393 C.P.O.

maßgebenden Verfahren. Die Frist, eine prozessuale richterliche, kann auf Antrag verlängert oder abgekürzt werden und unterliegt dem Einflusse der Gerichtsferien, C.P.O. §§ 201 — 203. Eine Androhung der Rechtsnachtheile bei Versäumung der Frist oder ein Antrag auf Festsetzung der Versäumnißfolge nach Versäumung sind nicht nöthig. Die Rechtsfolge tritt von selbst ein, C.P.O. §§ 208, 209. Sie besteht darin, daß der ohne vollstreckbaren Schuldtitel geltend gemachte Anfechtungs-Einwand zur Zeit nicht berücksichtigt und über die Sache ohne Rücksicht auf denselben entschieden wird. Dadurch ist indeß nicht ausgeschlossen, daß der Anfechtungsanspruch später nach Beschaffung eines vollstreckbaren Titels im Wege der Klage oder Widerklage, oder auch der Einrede (selbst in demselben Prozesse in höherer Instanz) geltend gemacht werden kann. Eine Verwirkung der Einrede für den Prozeß durch die Fristversäumung ist (gegen Hartmann S. 62 und Kranichfeld S. 37, 38) weder durch das Civilprozeßverfahren, noch durch § 5 gegeben.

§ 6.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.[1])

1) Im § 6 ist wörtlich § 28 K.O. wiedergegeben und ist daher auf die Anm. zu § 28 Bezug zu nehmen. Der Unterschied der Anwendung des § 28 bei der Konkursanfechtung und des § 6 für die Einzelnanfechtung ist praktisch deshalb ein bedeutender, weil für die Einzeln-Anfechtung kein Analogon der häufigsten Fälle der K.Anfechtung aus § 23 besteht.

§ 7.

Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.[1])

1) Im § 7 wird entsprechend den Grundsätzen des § 30 K.O. bestimmt, welche Verpflichtungen derjenige, „welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist" (§ 11 Abs. 2), der Empfänger des dem Vermögen des Schuldners Entzogenen gegen den Anfechtenden hat. Während im Uebrigen hinsichtlich der Maximalgrenzen, über welche hinaus der Empfänger nicht zu haften hat und bis zu welchem seine Haftung möglicherweise in Anspruch genommen werden kann, die Anm. zu § 30 K.O. auch für § 7 d. Ges. gelten, beruht der durchgreifende Unterschied zwischen der K.Anfechtung und der Einzeln-Anfechtung hinsichtlich der Art und des Umfangs der Zurückgewährung auf der Verschiedenheit des Grundes und des Zweckes. Der Konkursverwalter nimmt alles Entzogene bis zur Grenze dessen, was der Empfänger zurückzugewähren hat, zur Masse zurück. Das Anfechtungsrecht des einzelnen Gläubigers beruht nur auf seinem Befriedigungsrecht, kann über das Maß seiner Befriedigung nicht hinausgehen und kann auch nur eine derartige Rückgewähr, damit und soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen. Die Mot. S. 663 bemerken: „Nicht zum Vermögen des Schuldners erfolgt die Rückgewähr, noch hat der Gläubiger einen Anspruch auf die

zurückzugewährende Sache selbst in dem Sinne, daß sie ihm geleistet werde und in sein Vermögen übergehe. Sein Anspruch gegen den Empfänger geht vielmehr nur auf Befriedigung aus der Sache, so als ob diese noch zum Vermögen des Schuldners gehörte."

„In derselben Weise, wie der Gläubiger, wenn die Sache im Vermögen des Schuldners geblieben wäre, gegen diesen sich aus derselben würde Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen können, ebenso hat der Empfänger die Zwangsvollstreckung in die Sache zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers über sich ergehen zu lassen. Stellt er die Sache dem Gläubiger in der Weise zur Verfügung, daß die Zwangsvollstreckung in dieselbe erfolgen kann, so ist damit seine Verpflichtung erfüllt; für die Kosten der Zwangsvollstreckung würde er dann mit seinem sonstigen Vermögen nicht aufzukommen haben." Hinsichtlich der Anträge, welche zur Erreichung dieses Zwecks je nach der Art der erforderlichen Zurückgewährung zu formuliren sind, vgl. Anm. zu § 9.

Schon durch den Grundsatz des § 1 und ohne eine seitens des Empfängers noch zu leistende Rückgewähr ist der Schutz des Gläubigers begründet, wenn im Wege der Zwangsvollstreckung bereits aus dem Vermögen des Schuldners Objekte erlangt sind und der Gegner seinerseits durch Exekutions-Intervention (C.P.O. § 690) dieselben auf Grund einer anfechtbaren Handlung zu gewinnen sucht. Der Einwand gegen diese genügt dann zur Beseitigung des Angriffs. Ebenso wenn der im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesene Drittschuldner (C.P.O. §§ 730, 736) einen anfechtbar erwirkten Vertrag: Erlaß, Vergleich u. s. w. vorschützt.

Mehrere Gläubiger können unabhängig neben einander ihre Anfechtungsbefugniß geltend machen. Unter ihnen begründet weder die Priorität der Klageerhebung, noch die der Verurtheilung ein Vorzugsrecht; auch entsteht durch beides noch kein dingliches Recht an dem Zurückgewährenden, sondern nur das Recht, persönlich von dem Gegner die Herausgabe desselben zur Zwangsvollstreckung zu verlangen. Die mehreren Gläubiger stehen zu einander in dem Verhältnisse, in welchem sie sich befinden würden, wenn die zu pfändenden Vermögensstücke noch dem Schuldner gehören und bei diesem die Befriedigung daraus zu suchen wäre. Wie hier nur die Pfändung ein Vorrecht verschafft, so kann auch bei der Anfechtung ein Gläubiger nur dadurch ein Vorzugsrecht gewinnen, daß er die zurückzugewährende Sache zuerst im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes gegen den Empfänger pfänden läßt. Mot. 663.

Für das Verhältniß des Gegners zu mehreren anfechtenden Gläubigern ist entscheidend, daß er seine Rückgewährspflicht Allen gegenüber nur einmal zu erfüllen hat. Hat er dies Einem gegenüber gethan, so müssen dies alle Anderen gegen sich gelten lassen, sofern er nicht besondere Rechte derselben aus einer gegen ihn bereits erfolgten Pfändung verletzt hat. — Aus dem Anfechtungszwecke der Befriedigung des Gläubigers folgt, daß der Gegner, statt die Sache herauszugeben, ihn befriedigen kann und dadurch insoweit seiner Rückgewährspflicht genügt. Auch diese Erfüllung müssen sich die übrigen Gläubiger gegen sich gefallen lassen. Vgl. Anm. 3 zu § 1. Die Pflicht zur Rückgewähr hat dabei ihre Grenze in dem bei einer Zwangsvollstreckung zu erwartenden Preise der Sache, also im Kaufwerthe und wenn der Gegner bis zur Höhe desselben einen Gläubiger oder Mehrere nach einander befriedigt hat, oder nachfolgenden Gläubigern noch zu gewähren bereit ist, so wird damit seine Rückgewährspflicht erschöpft.

§ 8.

Wegen Erstattung einer Gegenleistung[1)] oder im Fall einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung[2)] kann der Empfänger sich nur[3)] an den Schuldner halten.[4)]

1) Während bei der Konkursanfechtung das Zurückzugewährende zur Masse des Schuldners zurückgeführt wird und deshalb auch der Anfechtungsgegner seine Gegenleistung

gegen den Schuldner theils als Masseanspruch theils als Konkursforderung wieder geltend machen kann, §§ 31, 32, fallen bei der Einzelanfechtung die Subjekte des Schuldners, welcher die Gegenleistung erhielt und des anfechtenden Gläubigers, zu dessen Gunsten zurückzugewähren ist, auseinander. Dem Anfechtungsgegner wird nicht ein Recht eingeräumt, den Werth der von ihm an den Schuldner gegebenen Gegenleistung von dem Anfechtenden zu verlangen oder diesem in Anrechnung zu bringen; er kann sich deshalb „nur an den Schuldner halten." Denn der Gläubiger hat die Gegenleistung nicht; er ist durch sie nicht bereichert, nicht in der Lage, über das Vermögen des Schuldners zu verfügen und nicht verpflichtet, dem Gegner seine Gegenleistung zu verschaffen, welcher bei entgeltlichen Leistungen ohnehin als in bewußter Rechtsverletzung begriffen behandelt wird.

2) Bei der „Forderung im Falle einer anfechtbaren Leistung" hat das Gesetz den Fall im Auge, daß der Schuldner an einen seiner Gläubiger geleistet, die Leistung indeß anderen Gläubigern gegenüber anfechtbar ist. Der Gegner, welcher alsdann auf die Anfechtung der Letzteren die Leistung als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig zur Zwangsvollstreckung zurückgewähren muß, kann die Forderung, welche ihm nach dem bürgerlichen Rechte deshalb zusteht, weil ihm die frühere Leistung entwährt ist, nur gegen den Schuldner, nicht gegen den anfechtenden Gläubiger geltend machen.

3) Dadurch, daß der Empfänger sich nur an den Schuldner halten kann, ist in beiden Fällen der Anm. 1 und 2 auch ausgeschlossen, daß er das von ihm selbst Zurückzugewährende dem Gläubiger gegenüber in Anspruch nehmen, verkürzen, oder etwa als Exekutionsobjekt für seine Forderung an den Schuldner behandeln könnte. Daß dies ausgeschlossen sein soll, wird durch die Geschichte des § 7 bestätigt. Im Entw. des § 7 war für den Fall der Anm. 2 das Gegentheil beabsichtigt und abweichend in einem zweiten Absatz vorgeschlagen: „Im Falle einer anfechtbaren Leistung kann der Empfänger wegen seiner Forderung, insoweit als das Empfangene zurückzugewähren ist, und nicht der übrige Theil desselben den Betrag der Forderung erreicht, sich an das Zurückzugewährende nach der zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rangordnung halten." Diese Bestimmung wurde indeß gestrichen, weil bei der Unterstellung einer vorhandenen fraus zwischen den Fällen der Anm. 1 und 2 kein Unterschied zu machen und in beiden Fällen der Anfechtungsbeklagte von der Konkurrenz an dem Gegenstande der Anfechtung auszuschließen und lediglich an den Schuldner zu verweisen sei. Hartmann S. 73, 74.

Der Anfechtungsbeklagte hat jedoch das Empfangene nur in dem Umfange zurückzugewähren, in welchem es „aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist". Sofern der Empfänger für die zurückzugewährende Sache Verwendungen gemacht hat, beschränken seine desfallsigen, nach dem bürgerlichen Rechte begründeten Ansprüche seine Rückgewährspflicht aus § 7. Solche Verwendungen sind nicht ein nach § 8 zu behandelnder Theil einer Gegenleistung, unter welcher nur die dem Schuldner gegen den Empfang der Sache gegebene Leistung zu verstehen ist. Vgl. Anm. 2 zu § 30. Otto S. 243.

4) Nur negativ ist im § 8 bestimmt, daß der Empfänger sich nicht an einen Anderen, als den Schuldner halten kann. Ob, unter welchen Bedingungen und in welchem Umfange er sich an den Schuldner halten kann, ist hier nicht entschieden, und bleibt nach dem bürgerlichen Rechte zu bestimmen.

In dem Anfechtungsprozesse ist der Schuldner als Nebenintervenient für den Anfechtungsbeklagten zuzulassen. Daß der Schuldner ein rechtliches Interesse an dem Siege seines Kontrahenten hat, kann nicht bezweifelt werden. Der Gegengrund von Kranichfeld S. 47: er habe gegenüber seinen beiden Gläubigern kein vermögensrechtliches Interesse, daß der Eine oder der Andere zunächst Befriedigung erlange, enthält rücksichtlich

beider Parteien eine petitio principii; dem Kläger kann der Schuldner interessirt sein, Einwendungen aus C.P.O. § 686 Abs. 2 entgegenzustellen, wonach jener nicht mehr Gläubiger ist; der Beklagte ist bez. wird sein Gläubiger unter Umständen nur, wenn er im Anfechtungsprozesse unterliegt. Für den anfechtenden Gläubiger zu interveniren hat der Schuldner allerdings kein Interesse. — Eine Streitverkündigung des Anfechtungsbeklagten an den Schuldner nach C.P.O. § 69 ist nicht nur zulässig, sondern unter Umständen nach dem bürgerlichen Rechte für den Ersatzanspruch gegen den Schuldner nothwendig. Der Einwand von Kranichfeld S. 46, 47: der Ersatz-Anspruch des Empfängers beruhe nicht auf dem Grunde seiner Rückgewährspflicht, sondern auf den besonderen privatrechtlichen Beziehungen zum Schuldner, ist nicht zutreffend, da diese immer nur in Verbindung mit der verlangten Rückgewähr den Regreß begründen können. Hartmann S. 74, 75. Otto S. 239, 240.

§ 9.

Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Klageantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll.[1])

1) Die Klage (oder Widerklage) auf Anfechtung kann nach § 9 nicht als allgemeine Feststellungsklage gemäß § 231 C.P.O., sondern nur unter bestimmter Bezeichnung a) des verlangten Umfangs und b) der verlangten Weise der Rückgewähr erhoben werden. Beides muß im Klageantrage, C.P.O. § 230 Abs. 2, enthalten sein, steht also unter dem kategorischen Imperativ des „muß" im § 230 C.P.O. Wiefern eine Nachholung zulässig ist, bleibt nach den allgemeinen für den § 230 geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Was materiell hinsichtlich des Umfangs und der Weise der Rückgewähr verlangt werden kann, ist durch § 7 bestimmt. Hinsichtlich der Formulirung der Anträge geben die Mot. mehrere zutreffende Beispiele:

1. Hat der Schuldner eine Sache anfechtbar veräußert oder verpfändet, welche der Empfänger noch besitzt, so ist der Antrag zu stellen, daß dieser verurtheilt wird, zur Befriedigung des Gläubigers wegen der im Antrage bezeichneten Summe die Zwangsvollstreckung geschehen zu lassen. Ein Antrag auf Herausgabe an einen zu beauftragenden Gerichtsvollzieher bez. einen Sequester nach C.P.O. §§ 746, 747 ist nicht nöthig. Denn nicht ein Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Objekts, wie für § 745, ist Gegenstand des Verfahrens, da der Schuldner nicht anfechten kann und der Gläubiger nicht aus dem Rechte des Schuldners, sondern aus seinem eigenen Rechte anficht. Vielmehr wird es für das Verhältniß der Interessenten angesehen, als besäße der Beklagte für den Schuldner. Auf Grund des vollstreckbaren Urtheils im Anfechtungsprozesse (oder auch eines Arrestbeschlusses) ist die Sache gegen ihn direkt zu pfänden, als sei er selbst der innehabende Schuldner.

2. Hat der Empfänger die Sache veräußert oder verschlechtert oder kann er sie sonst nicht in Natur zurückgeben, wie z. B. bei einer vom Schuldner geleisteten Zahlung einer Geldsumme, so hat der Antrag auf Zahlung des Werths oder Schadens in Höhe der vom Gläubiger zu fordernden Summe zu lauten.

3. Hat der Schuldner dem Gegner eine Forderung anfechtbar erlassen, so ist nicht mit den Mot. der Antrag unbedingt auf Zahlung des Gegners zu richten, sondern nach der zutreffenden Beschränkung von Otto S. 243 darauf, daß der Gegner eine Pfändung der Forderung als einer dem Pfändungsrecht des Gläubigers gegenüber noch bestehenden in Höhe der klägerischen Forderung geschehen lasse. Die Unwirksamkeit, welche Wirkung der Anfechtung ist, hat nur den Wegfall des Erlasses als nicht erfolgt zur Folge, und

ändert sonst nichts hinsichtlich der Fälligkeit, der Bedingtheit, und der Modalitäten der Geltendmachung der Forderung.

4. Bei Anfechtung von Verpfändungen bez. Pfandrechten, welche in einem Vertheilungsverfahren berücksichtigt sind, sind die Grundsätze, nach welchen die Auszahlung bez. Vertheilung der Masse verlangt wird, im Antrage anzugeben.

5. „Die auf Anfechtung einer Hypothek oder Grundschuld gerichtete Klage hat die Angabe zu enthalten, ob die Löschung oder Umschreibung oder welche Eintragung oder welche Vertheilung der Masse zu erfolgen habe. Aehnlich, wenn es sich sonst um eine von dem Anfechtungsgegner herbeizuführende Eintragung oder Löschung oder um die Abgabe einer förmlichen Erklärung oder eine ihm obliegende Beseitigung in der Zwischenzeit entstandener Rechte Dritter handelt.“ Mot.

§ 10.

Liegt ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers oder ein unter Vorbehalt ergangenes Urtheil (Civilprozeßordnung §§ 502, 562) vor, so ist in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urtheile die Vollstreckung desselben davon abhängig zu machen, daß die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird.[1])

1) Im § 2 ist als Vorbedingung nur die Vollstreckbarkeit, nicht die Rechtskraft des Schuldtitels verlangt. Es genügen also auch eine vorläufige Vollstreckbarkeit, (C.P.O. §§ 648—652, 640) und ein nach C.P.O. §§ 502, 562 mit Vorbehalt erlassenes Urtheil. Damit jedoch nicht ein auf einen solchen Titel gestützter Anfechtungsanspruch vollstreckbar würde, während die Grundlage durch ein späteres Urtheil beseitigt wird, muß nach § 10 ein Urtheil, welches aus solchen Titeln einen Anfechtungsanspruch für begründet erklärt, die Vollstreckbarkeit des Anspruchs davon abhängig machen, daß der gegen den Schuldner ergangene Schuldtitel rechtskräftig oder vorbehaltlos wird. Ein solches Urtheil, welches die eigene Ausführbarkeit bedingt verneint bez. bejaht, kann daher rechtskräftig werden, bevor die Bedingung entschieden ist. Die Entscheidung über die Bedingung hat im Verfahren zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner zu ergehen. Der Anfechtungsbeklagte hat kein direktes Mittel, die Entscheidung herbeizuführen. Unter Umständen kann er durch Intervention in dem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner schwebenden Rechtsstreite dafür wirken. Das Gericht kann auch nach C.P.O. § 139 die Entscheidung über den Anfechtungsanspruch bis nach Feststellung der Rechtskraft oder Vorbehaltlosigkeit des Schuldtitels aussetzen. In § 10 ist nur der Ausdruck für die Entscheidung vorgeschrieben, wenn eine solche erlassen wird. Vgl. Hartmann S. 77; Kranichfeld S. 50.

§ 11.

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen;

2. wenn er zu den im § 3 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte.

Zur Erstreckung der Fristen in Gemäßheit des § 4 genügt die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird.[1])

1) Die Abs. 1 u. 2 des § 11 wiederholen den § 33 K.O. und ist für dieselben auf die Anm. zu § 33 zu verweisen. — Abs. 3 bezieht sich auf die nach § 4 erfolgende Erstreckung der Fristen des § 3 Nr. 2 bis 4. Die hierzu nöthige Schriftsatzzustellung muß nach § 4 an den Empfänger der Leistung geschehen, „welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist" und gegen welchen dieselbe angefochten werden soll. Sofern es sich nicht um eine Rechtsnachfolge handelt, ist der Anfechtungsgegner identisch mit demjenigen, welchem gegenüber die Handlung vorgenommen ist. Soll die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger erfolgen, so soll nach Abs. 3 eine Zustellung an den Rechtsnachfolger „genügen", ohne daß eine solche an den Rechtsvorgänger, welche § 4 vorschreibt, dann nöthig ist. Im praktischen Interesse ist die Zustellung an Beide behufs Herbeiführung der Wirksamkeit gegen Beide zu veranlassen; jedenfalls genügt nicht umgekehrt die nach § 4 an den ursprünglichen Vertragsgenossen erfolgte Zustellung schon ohne Weiteres, um die Zustellung an den Rechtsnachfolger behufs der Wirksamkeit gegen diesen zu erübrigen, sondern die letztere soll zur Wirkung gegen ihn nöthig sein. Die Mot. bemerken hierüber:

„Die Zufügung des dritten Abs. ist durch die Vorschriften des Entw. über die Erstreckung der im § 3 Nr. 2—4 bestimmten Fristen veranlaßt. Im § 4 war nur eine Zustellung des die Anfechtung ankündigenden Schriftsatzes an den Vertragsgenossen des Schuldners vorgesehen. Dieselbe wird auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam sein, wenn diesem zur Zeit seines Erwerbes die betrügliche Absicht des Schuldners gemäß Nr. 1 des § 11 Abs. 2 bekannt war. Dasselbe gilt gegen einen Rechtsnachfolger, welcher zu den in § 3 Nr. 2 genannten Personen gehört, unter der im § 11 Abs. 2 Nr. 2 bezeichneten Voraussetzung, also dann, wenn er nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von der Zustellung keine Kenntniß hatte. Gelingt ihm jedoch der Beweis, so würde eine nach § 4 erfolgte Zustellung an den ersten Kontrahenten zwar diesem gegenüber maßgebend, aber nicht die Fristerstreckung gegen den Rechtsnachfolger begründen, wenn gegen ihn die Anfechtung geltend gemacht wird. Gegen den letzteren ist die Fristerstreckung durch Zustellung an ihn selbst zu ermöglichen Es ist dies namentlich von Wichtigkeit, sofern der Gläubiger erst nach der Zustellung an den Kontrahenten erfährt, daß schon vor derselben der Erwerb des Verwandten erfolgt war. Zweckmäßig aber wird überhaupt in allen Fällen eine unmittelbare Zustellung an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird, zur Fristerstreckung gegen ihn als genügend zu erachten sein, ohne daß es daneben noch einer Zustellung an den Vertragsgenossen bedürfte. Nur scheinbar ist dies eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger die Anfechtbarkeit gegen den ersten Rechtsvorgänger voraussetzt. Denn die Zustellung an den Rechtsnachfolger setzt, um wirksam zu sein, immerhin voraus, daß schon zur Zeit derselben das Anfechtungsrecht gegen den Rechtsvorgänger materiell begründet, insbesondere der Schuldner schon zahlungsunfähig war."

§ 12.

Das Anfechtungsrecht auf Grund des § 3 Nr. 1 verjährt in zehn Jahren seit dem Zeitpunkte, mit welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte und seine Forderung fällig war, wenn aber die Rechtshandlung nach diesem Zeitpunkte vorgenommen ist, erst seit der Vornahme der Handlung.[1]

1) Nur für § 3 Nr. 1 ist eine Verjährung vorgeschrieben; für § 3 Nr. 2 bis 4 bestehen ohnehin die aus den §§ 3, 4 sich ergebenden Zeitgrenzen. Hinsichtlich der Geltung des bürgerlichen Rechts und der Berechnung der Verjährungsfrist gilt das in Anm. zu § 34 K.O. Bemerkte. — Anfangspunkt der Verjährung des § 12 ist der Zeitpunkt, in welchem die drei Thatsachen vereinigt sind:

a. die Vornahme der anzufechtenden Rechtshandlung seitens des Schuldners (ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Gläubigers davon);

b. daß „der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat" und

c. seine Forderung fällig ist.

Den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt der Gläubiger mit der Verkündung eines rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils. Wird ein nicht für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil verkündet, so ist erst dessen Rechtskraft abzuwarten, und ist die Vollstreckung von einer Bedingung im Urtheile abhängig gemacht, so kann erst der Eintritt der Bedingung Anfangspunkt der Verjährung sein, da diese vor der Möglichkeit der Erhebung des Anfechtungsanspruchs nicht beginnen kann. Hartmann S. 84.

§ 13.

Wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet, so steht die Verfolgung der von Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche dem Konkursverwalter zu. Aus dem Erstrittenen sind dem Gläubiger die Prozeßkosten vorweg zu erstatten.[1]

Ist das Verfahren über den Anfechtungsanspruch noch rechtshängig, so wird dasselbe unterbrochen. Im Fall einer Verzögerung der Aufnahme kommen die Bestimmungen der Civilprozeßordnung § 217 zur entsprechenden Anwendung. Der Konkursverwalter kann den Anspruch nach den Vorschriften der Konkursordnung §§ 30 bis 32, 34 in Gemäßheit der §§ 240, 491 der Civilprozeßordnung erweitern. Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann derselbe rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei aufgenommen werden. Durch die Ablehnung der Aufnahme wird die Befugniß des Verwalters, nach den Vorschriften der Konkursordnung das Anfechtungsrecht auszuüben, nicht ausgeschlossen.[1]

Soweit der Gläubiger aus dem Zurückzugewährenden eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hatte, finden auf die Anfechtung derselben die Vorschriften des § 23 Nr. 1 der Konkursordnung entsprechende Anwendung.[1]

Nach der Beendigung des Konkursverfahrens können Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes verfolgt werden, soweit nicht dem An-

spruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. War der Anspruch nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens rechtshängig, so wird die im § 3 Nr. 2 bis 4 bestimmte Frist von diesem Zeitpunkt berechnet, sofern die Rechtshängigkeit bis zum Ablauf eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens eintritt.[2)]

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den Konkursgläubigern auch während der Konkursverfahrens nach Maßgabe dieses Gesetzes angefochten werden.[3)]

1) Abs. 1—3. Der Einfluß der Konkurseröffnung auf Anfechtungsansprüche der einzelnen Gläubiger und auf die desfallsigen Prozesse in Gemäßheit der Abs. 1, 2, 3 des § 13 ist bereits in Anm. 2 zu § 29 K.O. erörtert; desgleichen hinsichtlich der Unterbrechung anhängiger Anfechtungsprozesse in Anm. 3 u. 7 zu § 8.

2) Abs. 4. Nach der Konkursbeendigung können in die vom Verwalter angestellten, etwa noch anhängigen Anfechtungsprozesse einzelne Gläubiger nicht eintreten. Der Verwalter trat darin als Vertreter des G.Schuldners für dessen K.Masse im Interesse aller K.Gläubiger auf. Das Gesetz hat eine Rechtsnachfolge einzelner Gläubiger in solche Prozesse nicht zugelassen. Formell ist der G.Schuldner derjenige, welcher sie an Stelle des Verwalters weiter zu führen hat, während sie in der Hauptsache gegenstandslos werden, weil dem G.Schuldner gegenüber eine Unwirksamkeit nicht eingetreten ist. Anm. 3 zu § 22. — Die einzelnen Gläubiger können dagegen nach der K.Beendigung ihre Anfechtungsansprüche wieder ausüben; sie können Anfechtungsansprüche erheben und die von ihnen früher erhobenen weiter verfolgen. „Die Unterbrechung der anhängig gewesenen Prozesse hört mit der Beendigung des Konkursverfahrens von selbst auf; sie können von dem Gläubiger und dem Gegner mittelst einfachen Schriftsatzes, C.P.O. § 227, aufgenommen werden. Ihre Verfolgung, sowie die Verfolgung nicht anhängig gewesener Anfechtungsansprüche richtet sich nach den Vorschriften dieses Gesetzes; durch dasselbe bestimmt sich insbesondere der Umfang des Anfechtungsrechts (§§ 1, 2) und die Pflicht der Rückgewähr (§§ 7, 8); dem Gläubiger, welcher vor wie nach eines vollstreckbaren Schuldtitels bedarf, kommt indeß die vom G.Schuldner nicht bestrittene Feststellung seiner Forderung im Konkursverfahren (K.O. §§ 152, 179, 192) zu statten". Mot.

Der Konkurs übt jedoch auf das Anfechtungsrecht des einzelnen Gläubigers eine Wirkung dahin, daß dieser negativ ein Anfechtungsrecht nicht verfolgen kann, „soweit dem Anspruche entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind." „In der Verfolgung von Anfechtungsrechten, deren Ausübung während der Dauer des Verfahrens nach § 29 K.O. oder Abs. 1 § 13 dies. Ges. dem Verwalter allein gebührte, stehen die gegen den Verwalter begründeten Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, — Vergleich, Verzicht, Urtheil, Verjährung, K.O. § 34 u. s. w. — auch dem Gläubiger entgegen und eben deshalb freilich steht ihm, entsprechend dem zum vorigen Absatz Ausgeführten die bloße Ablehnung der Aufnahme eines Rechtsstreites seitens des Verwalters nicht entgegen." Mot. Hat demnach der Verwalter den von einem Gläubiger vor der K.Eröffnung erhobenen Prozeß aufgenommen und ist darin rechtskräftig erkannt, so ist das Prozeßrecht auch für den früheren Kläger konsumirt; er muß dies gegen sich gelten lassen und kann einen solchen Prozeß nicht nochmals für sich aufnehmen wollen. Schwebt ein solcher Prozeß noch zur Zeit der Konkursbeendigung, so kann der frühere Gläubiger in denselben wieder eintreten, freilich nur mit seinen Rechten und unter desfallsiger Beschränkung des Klageantrags, nicht mit den Rechten des Ver-

walters. Die Zulässigkeit seiner Legitimation zum Wieder-Eintritt in einen solchen Prozeß nebst dieser Beschränkung auf seine Rechte folgt von selbst daraus, daß die Legitimation des Verwalters, den Anspruch an Stelle des Gläubigers zu verfolgen (Abs. 1 Satz 1) und dabei zugleich seine größeren Verwalterbefugnisse geltend zu machen (Abs. 2 Satz 3) dem Konkurszwecke entsprechend nur für die Konkursdauer bestand und mit der K.Beendigung die nur durch den Konkurs zeitweise suspendirte Befugniß der ursprünglichen Partei mit dem Wegfall des Hindernisses bestehen bleibt.

Die absonderungsberechtigten Gläubiger, sofern sie ein Anfechtungsrecht für Absonderungsrechte und nicht für persönliche Rechte geltend machen, werden vom Abs. 4 wie vom Abs. 1 und vom § 29 K.O. nicht betroffen. Ihre Anfechtungsrechte sind vor, während und nach dem Konkurse von diesem unabhängig geltend zu machen. Anm. 2 zu § 29. — Neue Gläubiger, deren Forderungen erst nach der K.Eröffnung entstanden, sind hinsichtlich der vor der K.Eröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen ebenso wie Konkursgläubiger von der Anfechtung ausgeschlossen, da der K.Verwalter das Zurückgewährende der Konkursmasse zuzuführen hat; sie sind also dem Abs. 4 unterworfen.

Ueber den ferneren Einfluß des Konkurses auf die Fristen des § 3 vgl. Anm. 2 zu § 3 am Schlusse.

3) Abs. 5. Ueber die im Abs. 5 bestimmte Abweichung vom § 11 und deren Beschränkung vgl. Anm. 4 zu § 11. — Im Abs. 5 werden direkt nur die Konkursgläubiger erwähnt, weil die Vorschrift nur für sie eine Ausnahme von der sonstigen Regel ist. Indeß sind auch neue Gläubiger durch ihr Rechtsverhältniß an sich nicht gehindert, das nicht zur K.Masse gehörige Vermögen anzugreifen, also auch durch Anfechtung zu verfolgen.

§ 14.

Dieses Gesetz tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit der Konkursordnung in Kraft.

Dasselbe findet auch auf die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtshandlungen Anwendung, sofern sie nicht nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen sind.

Ist der Anfechtungsanspruch zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes rechtshängig, so bleiben für die Entscheidung des Rechtsstreits die Vorschriften der bisherigen Gesetze maßgebend.[1)]

1) Hinsichtlich des Verhältnisses der Anwendbarkeit der jetzigen Gesetzgebung zur früheren bringt § 14 im Abs. 2 für die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens dieselben Grundsätze zur Anwendung, welche im § 9 E.G. z. K.O. für die Konkursanfechtung geltend gemacht sind. Es gilt demgemäß auch darüber, daß es Sache des Anfechtungsbeklagten ist, seinem früheren unanfechtbaren oder weniger anfechtbaren Erwerb — als Ausnahme von der Regel — nachzuweisen, der gleiche Grundsatz, wie für § 9 E.G. Vgl. Anm. 3 und 4 zu § 9 E.G.

Die in Abs. 3 bestimmte Ausnahme vom Abs. 1, daß für rechtshängige Anfechtungsansprüche die bisherigen Gesetze entscheiden, ist eine natürliche Folge der Rechtshängigkeit und der Berücksichtigung erworbener Rechte bei derselben. Solche bereits rechtshängigen Prozesse kann sonach auch der Konkursverwalter nach § 13 dies. Ges. nicht übernehmen, da für dieselben dies Ges. noch nicht anwendbar ist. Ob ein Anfechtungs-

anspruch am 1. Oktober 1879 rechtshängig war, kann natürlich nicht nach der C.P.O. entschieden werden, sondern nach der bis dahin geltenden Landesgesetzgebung im Sinne des § 8 E.G. z. C.P.O. Vgl. preuß. Ueberg.-Ges. vom 31. März 1879 § 1.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Schloß Mainau, den 21. Juli 1879.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

II.

Ausführungsgesetz

vom 6. März 1879

zur

Deutschen Konkursordnung

vom 10. Februar 1877.

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen, unter Zustimmung der beiden Häuser des Landtages der Monarchie, was folgt:

Manche Vorschriften des Gesetzes haben selbst in Preußen nur eine beschränkte lokale Bedeutung, andere nur eine temporäre, bald vorübergehende. Die Erläuterung, soweit sie nicht schon im Laufe des Kommentars gegeben ist, muß deshalb auf ein knappes Maß beschränkt werden. Wegen des Näheren ist auf die deutschen „Ausführ.- und Uebergangsges. zur Reichs-Konk.-Ordn., zusammengestellt von v. Wilmowski, Berlin 1880, bei F. Vahlen" S. 15—52 zu verweisen. Vgl. auch: Struckmann-Koch, Preuß. Ausf.-Ges. zu d. Reichsjustizgesetzen, Berlin 1879, bei J. Guttentag S. 315—347.

Der erste Abschnitt des Gesetzes, §§ 1—16, enthält diejenigen Vorschriften, welche zur Ergänzung der K.O. neben derselben dauernde Geltung behalten sollen. Sie betreffen in den §§ 1—11 das materielle Recht, den Erwerb von Rechten nach dem 1. Oktober 1879 und den Umfang von Rechten für ein nachher eröffnetes Konkursverfahren oder Gläubiger-Befriedigungs-Verfahren; und in den §§ 12—16 das Verfahren in solchen späteren Konkursen. Der zweite Abschnitt, Uebergangsbestimmungen, enthält in den §§ 17—36 Vorschriften zur Erhaltung und Sicherung von Rechten, welche schon vor dem 1. Oktober 1879 erworben bez. entstanden sind, und in den §§ 37 bis 50 Vorschriften für das Verfahren in den vor dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkursen. Der dritte Abschnitt, §§ 51—53, normirt den Einfluß auf nicht vermögensrechtliche Rechte. Die Schlußbestimmungen §§ 54—57 dienen zur Ergänzung der beiden ersten Abschnitte.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Titel.

Bürgerliches Recht.

§ 1.

Im Bezirk des Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M. beträgt die Frist für die nach § 17 Nr. 1 der Deutschen Konkursordnung zulässige Kündigung, falls eine kürzere Frist nicht bedungen war, bei Pachtverträgen sechs Monate vor Ablauf des Wirthschaftsjahres, bei Miethverträgen über unbewegliche Sachen drei Monate, bei Miethverträgen über bewegliche Sachen eine Woche.

Vgl. Anm. 5 zu § 17 K.O.

§ 2.

Im Bezirk des Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M., im ehemals Landgräflich Hessischen Amtsbezirk Homburg und im Kreise Herzogthum Lauenburg kommen die nachstehenden Vorschriften zur Anwendung.

Gesetzliche Pfandrechte gewähren in Beziehung auf Grundstücke nur einen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek mit bestimmter Summe.

Ergreift das Pfandrecht das gesammte Vermögen, so braucht der Eigenthümer die Eintragung nur auf einzelne, die Schuld genügend sichernde Grundstücke zu bewilligen. Kommt eine Einigung über den Betrag oder über das Spezialpfand nicht zu Stande, so erfolgt die Festsetzung durch den Prozeßrichter. Inzwischen ist eine Vormerkung auf den höchsten, vom Pfandgläubiger geforderten Betrag und Pfandbereich einzutragen. Durch die Vormerkung wird für die endgültige Eintragung die Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen gesichert.

Vgl. Anm. 2 (am Schlusse) zu § 39 K.O.

§ 3.

Im ehemals Landgräflich Hessischen Amtsbezirk Homburg und im Kreise Herzogthum Lauenburg ist die Bestellung einer Hypothek am ganzen Vermögen sowie die Bestellung einer Hypothek an einer beweglichen Sache, einschließlich der Forderungen, fortan unzulässig.

Vgl. Anm. 2 am Schlusse zu § 39 K.O. Zugleich ist § 40 K.O. betroffen.

§ 4.

Insoweit außerhalb des Geltungsbereichs der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 in den Geltungsbereichen des Allgemeinen Landrechts oder des gemeinen Rechts der Ehefrau auf Grund eines gesetzlichen Titels zum Pfandrecht oder eines gesetzlichen Pfandrechts ein Anspruch auf Eintragung

einer Hypothek auf die Grundstücke des Ehemannes zusteht, wird der Anspruch dahin beschränkt, daß die Ehefrau nur die Befugniß hat, die Eintragung wegen des gesetzlich in die Verwaltung des Ehemannes gekommenen oder als Heirathsgut eingebrachten Vermögens innerhalb eines Jahres nach dem Beginn der Verwaltung oder der Einbringung zu verlangen.

Erwirbt der Ehemann nach dem Beginn der Verwaltung oder der Einbringung ein Grundstück, so kann die Eintragung noch innerhalb eines Jahres, vom Erwerb des Grundstücks an gerechnet, verlangt werden.

Zu §§ 25 Nr. 2 und 39 K.O. Im § 4 ist für die landrechtlichen und gemeinrechtlichen Gebiete in Preußen die Rechtseinheit hinsichtlich der Sicherungsrechte der Ehefrau durch Immobilien des Ehemannes hergestellt, übereinstimmend mit Art. XII. des Einf.-Ges. v. 8. Mai 1855. Vgl. Anm. 8 zu § 25 K.O. Für die landrechtlichen Gebiete, welche bei der Einführung der K.O. v. 8. Mai 1855 zur preuß. Monarchie gehörten, bleibt Art. XII. des Einf.-Ges. v. 8. Mai 1855 als dauerndes Recht; für den Bezirk des vormal. Justizsenats zu Ehrenbreitstein Art. XIII. Einf.-Ges. v. 31. Mai 1860; für Hohenzollern Art. XII. Einf.-Ges. v. 3. Februar 1864. Der jetzige § 4 ist für diejenigen Gebietstheile der 1866 zur Monarchie hinzugekommen Provinz Hannover, in welchen das A.L.R. gilt und für die anderen gemeinrechtlichen Landestheile außer Ehrenbreitstein und Hannover gegeben.

Gemäß der systematischen Oekonomie des Gesetzes ist § 4 dauernde Rechtsvorschrift und bezieht sich nur auf Pfandrechte und Pfandrechtstitel, welche für eine Ehefrau im konkreten Falle nach dem 1. Oktober 1879 entstehen; dagegen bezieht sich § 17 auf die konkreten, schon vor dem 1. Oktober 1879 entstandenen Pfandrechte und Pfandrechstitel.

§ 5.

Im Geltungsbereich des gemeinen Rechts steht bei Verpfändung von aufgespeicherten oder niedergelegten Waaren, Fabrikaten, Boden- oder Bergwerkserzeugnissen sowie auf dem Transport befindlichen Gütern die Uebergabe des auf den Gläubiger übertragenen Konossements, Ladescheins, Lagerscheins oder ähnlichen Papiers der Uebergabe der Sache gleich, sofern der Gläubiger mittels des Papiers in der Lage ist, über den Gegenstand der Verpfändung zu verfügen.

Vgl. Anm. 3 zu § 14 E.G. z. K.O.

§ 6.

Das im § 41 Nr. 1 der Deutschen Konkursordnung bestimmte Absonderungsrecht wegen öffentlicher Abgaben geht den übrigen im § 41 der Deutschen Konkursordnung bestimmten Absonderungsrechten vor.

Vgl. Anm. 1 zu § 41 K.O.

§ 7.

Die Vorschriften des § 41 der Deutschen Konkursordnung und des § 6 dieses Gesetzes finden außerhalb des Konkursverfahrens auf das Verhältniß der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten

Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung.

Für Forderungen, für welche durch die Vorschriften der Deutschen Konkursordnung ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen Gegenständen des beweglichen Vermögens nicht zugelassen ist, besteht auch außerhalb des Konkursverfahrens kein Absonderungsrecht oder Vorzugsrecht an solchen Gegenständen.

Vgl. Anm. 1 zu § 41 K.O. und hinsichtlich des erheblichen Einflusses des Abs. 2 des vorstehenden § 7 auf das Recht des Vermiethers und Verpächter, vgl. Anm. 7 zu § 41 K.O.

§ 8.

Die Vorschriften des § 54 der Deutschen Konkursordnung finden auf die Fälle, in welchen außerhalb des Konkursverfahrens eine Befriedigung persönlicher Gläubiger nach dem Range ihrer Forderungen stattzufinden hat, entsprechende Anwendung.

Für Forderungen, welchen durch § 54 der Deutschen Konkursordnung ein Vorrecht nicht gewährt ist, besteht auch außerhalb des Konkursverfahrens kein Vorrecht an dem gesammten Vermögen oder an dem gesammten beweglichen Vermögen des Schuldners.

Vgl. Anm. 1 zu § 54 K.O.

§ 9.

Geldstrafen und Forderungen aus einer Freigebigkeit des Schuldners unter Lebenden oder von Todeswegen stehen in den in § 8 Abs. 1 bezeichneten Fällen allen übrigen Forderungen nach.

Vgl. Anm. 1 zu § 54 K.O.

§ 10.

Gesetzliche Vorzugsrechte, welche nach den bisherigen Vorschriften das gesammte Vermögen des Schuldners umfaßten, bestehen an Gegenständen, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, nur insoweit, als die Forderungen, für welche sie gewährt sind, auf den Gegenstand der Zwangsvollstreckung sich beziehen.

Vgl. Anm. 2 zu § 39 K.O.

§ 11.

Die Vorschriften der Artikel VIII, IX, XI des Gesetzes v. 8. Mai 1855, betreffend die Einführung der Preußischen Konkursordnung in den Landestheilen, in welchen das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung Gesetzeskraft haben (Anlage), finden Anwendung in den Gebietstheilen der Provinz Hannover, in welchen das Allgemeine Landrecht gilt.

Die als Anlage zum Ges. abgedruckten Art. VIII., IX., XI. des Einf.-Ges. v. 8. Mai 1855, welche als dauerndes materielles Recht in den damaligen landrechtlichen

Gebietstheilen der Monarchie eingeführt und auch jetzt nicht aufgehoben sind (vgl. § 55 Nr. 1 dies. Ges.), bleiben für diese Landestheile in Kraft und sind durch den vorstehenden § 11 in den landrechtlichen Gebieten der Provinz Hannover zur Gleichstellung derselben mit den übrigen landrechtlichen Gebietstheilen der Monarchie, unter Aufhebung der bisher dort noch geltenden Vorschriften der A.G.O. I. 50 bez. I. 51 § 12 (vgl. § 55 Nr. 3) eingeführt.

Zweiter Titel.

Verfahren.

§ 12.

Eine Abschrift des Beschlusses, durch welchen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, ist der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht von dem Gerichtsschreiber unter Bezeichnung des Konkursverwalters mitzutheilen.

Vgl. Anm. zu § 104 K.O.

§ 13.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist in das Handelsregister einzutragen.

Die Eintragung erfolgt auf Grund der der Registerbehörde gemäß § 104 der Deutschen Konkursordnung mitzutheilenden Abschrift der Formel des Eröffnungsbeschlusses von Amtswegen.

Die öffentliche Bekanntmachung der Eintragung unterbleibt.

Vgl. Anm. zu § 104 K.O.

§ 14.

Wenn zur Konkursmasse ein im Bezirk des Appellationsgerichts zu Wiesbaden oder des Amtsgerichts zu Vöhl belegenes Grundstück gehört, so ist die Eröffnung, die Wiederaufnahme, die Aufhebung oder die Einstellung des Konkursverfahrens dem Feld- oder Ortsgericht mitzutheilen, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist. Eine gleiche Mittheilung ist, wenn das Grundstück nicht im Bezirk des Konkursgerichts liegt, dem Amtsgericht zu machen, in dessen Bezirk es belegen ist.

Inwiefern im Bezirk des Justizsenats zu Ehrenbreitstein die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens den Schöffengerichten mitzutheilen ist, bestimmt sich nach den bestehenden Vorschriften. Die Vorschriften finden auf die Wiederaufnahme und auf die Einstellung des Verfahrens entsprechende Anwendung.

Die Mittheilungen (Abs. 1, 2) sind von dem Gerichtsschreiber nach Maßgabe des § 104 der Deutschen Konkursordnung zu bewirken.

Vgl. Anm. zu § 106.

§ 15.

Inwiefern die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintra-

gung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den bestehenden Vorschriften. Die Vorschriften finden auf die Wiederaufnahme und auf die Einstellung des Verfahrens entsprechende Anwendung.

Die Eintragung erfolgt, sofern sie nicht auf Ersuchen des Konkursgerichts geschieht, auf Vorlegung einer unter Bezeichnung des Konkursverwalters durch den Gerichtsschreiber beglaubigten Abschrift der Formel des Beschlusses des Konkursgerichts.

Vgl. Anm. zu § 106.

§ 16.

Erfolgt die Veräußerung einer zur Konkursmasse gehörigen unbeweglichen Sache durch notarielle Versteigerung, so finden im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Köln die Vorschriften des Gesetzes vom 18. April 1855 (Gesetz-Samml. S. 521) über die Versteigerung durch einen Notar mit der Maßgabe Anwendung, daß die der Rathskammer oder dem Präsidenten des Landgerichts zugewiesene Thätigkeit von dem Konkursgericht auszuüben ist. Das Konkursgericht bestimmt nach freiem Ermessen, in welcher Art die Versteigerung bekannt zu machen ist.

Vgl. § 116 u. Anm. dazu.

Zweiter Abschnitt.
Uebergangsbestimmungen.
Erster Titel.
Bürgerliches Recht.

§ 17.

Hat außerhalb des Geltungsbereichs der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 in den Geltungsbereichen des Allgemeinen Landrechts oder des gemeinen Rechts die Ehefrau auf Grund eines gesetzlichen Titels zum Pfandrechte oder eines gesetzlichen Pfandrechts den Anspruch auf Eintragung einer Hypothek auf die Grundstücke des Ehemannes vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes erworben, so kann die Eintragung noch innerhalb eines Jahres, von diesem Tage an gerechnet, und wegen aller Forderungen verlangt werden, deren Eintragung nach den bisherigen Vorschriften verlangt werden konnte.

Im Bezirk des Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M., in dem ehemals Landgräflich Hessischen Amtsbezirk Homburg und im Kreise Herzogthum Lauenburg findet die vorstehende Bestimmung auf das von der Ehefrau vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erworbene gesetzliche Pfandrecht entsprechende Anwendung.

Im Geltungsbereich der K.O. v. 8. Mai 1855 ist § 17 Abs. 1 nicht anwendbar, sondern ebenso, wie § 4 des gegenwärtigen Gesetzes nur in den Gebietstheilen, welche in d. Anm. zu § 4 des gegenwärtigen Gesetzes bezeichnet sind. Die §§ 4 und 17 finden

gleichmäßig auf die erst nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkursverfahren Anwendung, § 17 betrifft indeß nur die vorher entstandenen Pfandrechte und Pfandrechtstitel, und ist insofern und mit Rücksicht auf den inzwichen schon verflossenen Präklusivtermin nur eine Uebergangsbestimmung für solche Ehefrauen, deren Rechte schon vorher entstanden sind; wogegen § 4 nur die später entstandenen Rechte betrifft. Für die früher entstandenen Rechte ist im § 17 die Sicherung durch Eintragung nicht blos wie nach § 4, „wegen des gesetzlich in die Verwaltung des Ehemannes gekommenen oder als Heirathsgut eingebrachten Vermögens" (entsprechend dem § 25 Nr. 2 K.O.), sondern umfassender „wegen aller Forderungen, deren Eintragung nach den bisherigen Vorschriften verlangt werden konnte", also auch wegen des von der Frau freiwillig dem Ehemanne übertragenen Paraphernalgutes zugelassen. Vgl. auch Anm. 8 zu § 25 K.O.

§ 18.

Insoweit ein Pfand- oder Vorzugsrecht, welches vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben ist,

1. zufolge der Bestimmungen der Deutschen Konkursordnung und des Einführungsgesetzes zu derselben,
2. gegenüber einem Pfandrecht, welches durch eine nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bewirkte Pfändung begründet wird, zufolge des § 709 Abs. 2 der Deutschen Civilprozeßordnung oder des § 14 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes zur Deutschen Civilprozeßordnung

seine Wirksamkeit verliert, wird für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht gewährt.

Ist das Pfand- oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners beschränkt, so wird das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt.

Vgl. Anm. 4 zu § 12 E.G. z. K.O.

§ 19.

Die Bestimmungen des § 18 finden auf ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau des Schuldners für Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind, entsprechende Anwendung.

Vgl. Anm. 4 zu § 12 E.G. z. K.O. und Anm. 3, 4 zu § 13 E.G.

§ 20.

Die Rangordnung der in Gemäßheit der Vorschriften der §§ 18, 19 bevorrechtigten Forderungen im Verhältniß zu einander und zu den übrigen betheiligten Forderungen bestimmt sich nach den bisherigen Vorschriften.

Vgl. Anm. 4 zu § 12 E.G.

§ 21.

Das Vorrecht (§§ 18, 19) wird nicht gewährt:

1. für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnetes Konkursverfahren oder gegen eine zwei Jahre nach dem Inkrafttreten

dieses Gesetzes bewirkte Pfändung, wenn es nicht dadurch erhalten wird, daß es bis zum Ablauf der zwei Jahre zur Eintragung in das Vorrechtsregister vorschriftsmäßig angemeldet ist;

2. für ein zwanzig Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnetes Konkursverfahren oder gegen eine zwanzig Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bewirkte Pfändung.

Vgl. Anm. 4 zu § 12 E.G.

§ 22.

Insoweit ein nach den bisherigen Gesetzen bestandenes Pfand- oder Vorzugsrecht der Kinder oder der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners zufolge der Bestimmungen der Deutschen Konkursordnung und des Einführungsgesetzes zu derselben seine Wirksamkeit verliert, wird den Kindern und Pflegebefohlenen für Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind, ein Vorrecht für das Konkursverfahren gewährt.

Das Vorrecht wird für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt.

Die Vorschriften des § 18 Abs. 2 und des § 20 finden entsprechende Anwendung.

Vgl. Anm. 5 zu § 13 E.G.

§ 23.

Die Vorschriften der §§ 18 bis 22 finden auf die Fälle entsprechende Anwendung, in welchen außerhalb des Konkursverfahrens eine Befriedigung persönlicher Gläubiger nach dem Range ihrer Forderungen stattzufinden hat.

Vgl. Anm. 4 zu § 12 E.G.

§ 24.

Die Vorschriften des § 18 über die Gewährung eines Vorrechts finden keine Anwendung auf Rechte, welche ein Gläubiger vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes durch Beschlagnahme, Pfändung oder Ueberweisung erlangt hat.

Im § 24 ist § 18 hinsichtlich der Pfand- und Vorrechte aus richterlicher Verfügung eingeschränkt. Die Rechte, welche ein Gläubiger vor dem 1. Oktober 1879 durch Beschlagnahme, Pfändung oder Ueberweisung erlangt hat, sind in den meisten Landestheilen und namentlich im Gebiete des A.L.R. und der A.G.O. nicht Pfandrechte und sollen ferner weder in diesen Gebieten, noch auch da, wo sie wirklich ein Pfandrecht begründen, das im § 18 bestimmte Vorrecht für das Konkursverfahren oder gegenüber dem Pfändungspfandrechte des § 709 C.P.O. haben. Wirkung und Umfang solcher Rechte für das Konkursverfahren, sowie außerhalb desselben sind durch die bisherigen Vorschriften, bez. § 32 d. preuß. Uebergangs-Ges. z. C.P.O. v. 31. März 1879 bestimmt.

Zweiter Titel.

Vorrechtsregister.

Die §§ 25 bis 36 regeln das formelle Verfahren für die Registeranmeldung, welche nach § 21 Nr. 1 Voraussetzung der daselbst bezeichneten ferneren Konservirung von

Rechten ist. Sie bilden daher eine Ergänzung der §§ 18—24. Das Register-Amtsgericht hat die materielle Begründung des beanspruchten Rechts nicht zu prüfen und kann deshalb die Eintragung einer Anmeldung nicht ablehnen. Ueber die materielle Begründung ist von dem zuständigen Prozeßgerichte zu entscheiden, wenn dies im Streitfalle nöthig wird. Vgl. im Uebrigen: v. Wilmowski Ausf.- u. Ueberg.-Ges. z. K.O. S. 33—37.

§ 25.

Die Vorrechtsregister sind zur Eintragung der nach Vorschrift des § 21 Nr. 1 der Anmeldung bedürfenden Vorrechte bestimmt.

§ 26.

Für die Führung der Vorrechtsregister sind die Amtsgerichte zuständig.

Der Justizminister kann die Führung des Registers für die Bezirke mehrerer Amtsgerichte einem derselben übertragen.

§ 27.

Das Vorrechtsregister ist öffentlich. Die Einsicht desselben ist während der gewöhnlichen Dienststunden einem Jeden gestattet.

§ 28.

In dem Register sind außer den Eintragungen nur Löschungen zu vermerken.

§ 29.

Die Eintragungen und Löschungen erfolgen auf Anordnung des Amtsgerichts.

Die Vermerke, durch welche die Eintragungen und Löschungen bewirkt werden, sind von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

§ 30.

Die Anmeldung zur Eintragung erfolgt bei dem Amtsgericht, bei welchem der Schuldner am Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Ist der Schuldner vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verstorben, so kann, so lange die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 der Deutschen Civilprozeßordnung vorhanden sind, die Anmeldung bei dem Amtsgericht erfolgen, bei welchem der Schuldner zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

Im Fall des § 26 Abs. 1 kann die Anmeldung bei dem in den vorstehenden Bestimmungen bezeichneten oder bei dem mit der Führung des Registers beauftragten Amtsgericht erfolgen. Die Anmeldung ist, wenn sie nicht bei dem mit der Führung des Registers beauftragten Amtsgericht erfolgt, diesem Gericht zu übersenden.

§ 31.

Die Anmeldung hat zu enthalten:

1. Die Bezeichnung des Gläubigers und des Schuldners nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort:
2. die Angabe des Gegenstandes und des Grundes der Forderung;
3. die Angabe des für die Forderung beanspruchten Vorrechts sowie des Grundes des Anspruchs;
4. im Fall einer Beschränkung des Vorrechts auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners die Bezeichnung der Gegenstände.

§ 32.

Die Anmeldung kann bei dem Gericht schriftlich eingereicht oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Wird sie schriftlich eingereicht, so muß das Schriftstück gerichtlich oder notariell beglaubigt sein. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls. Anmeldungen öffentlicher Behörden bedürfen keiner Beglaubigung. Der Anmeldung ist eine Abschrift der in derselben in Bezug genommenen urkundlichen Beweisstücke beizufügen.

Mit der Anmeldung soll eine für den Schuldner bestimmte Abschrift der Beweisstücke und wenn die Anmeldung schriftlich angebracht wird, eine Abschrift derselben eingereicht werden.

§ 33.

Genügt die Anmeldung den Erfordernissen der §§ 31, 32 Abs. 1, so ist die Eintragung anzuordnen.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Eintragung abgelehnt wird, findet die Beschwerde nach Maßgabe der §§ 532 bis 538 der Deutschen Civilprozeßordnung statt.

§ 34.

Eine Abschrift des eingetragenen Vermerks ist dem Gläubiger und dem Schuldner mitzutheilen. Der Mittheilung an den Schuldner ist eine Abschrift der Anmeldung und der urkundlichen Beweisstücke beizufügen. Dieselbe kann unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

§ 35.

Der Schuldner kann auf Grund der Einwilligung des Gläubigers oder eines rechtskräftigen Urtheils die Löschung der Eintragung verlangen.

§ 36.

Für die den Amtsgerichten nach den Vorschriften dieses Titels obliegenden Geschäfte werden nur die baaren Auslagen erhoben.

Der Notar erhält für die Beglaubigung im Falle des § 32 Abs. 1 bei einem Betrage der Forderung bis einschließlich 1500 Mark eine Gebühr

von 1 Mark 50 Pf., bei einem Betrage der Forderung über 1500 Mark eine Gebühr von 3 Mark. Die Beglaubigung ist stempelfrei.

Dritter Titel.
Verfahren.

Die §§ 37 — 50 betreffen Konkurssachen, in welchen das Verfahren vor dem 1. Oktober 1879 eröffnet ist; sie enthalten die im § 8 Abs. 2 E.G. vorbehaltenen Uebergangsbestimmungen. Vgl. Anm. zu § 8 E.G.

§ 37.

Die Konkurssachen, in welchen das Verfahren vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnet worden ist, gehen auf die Amtsgerichte über. Dieselben sind, soweit nicht aus den Bestimmungen dieses Titels und aus der Verfassung der Amtsgerichte sich Abweichungen ergeben, nach den bisherigen Vorschriften zu erledigen.

Als zu dem Konkursverfahren gehörig sind im Sinne der vorstehenden Bestimmungen auch die Rechtsstreitigkeiten anzusehen, deren Verhandlung und Entscheidung in erster Instanz nach den bisherigen Vorschriften vor das Konkursgericht oder im Bezirke des Appellationsgerichts zu Celle vor das dem Konkursgericht vorgesetzte Obergericht gehört. Durch diese Bestimmungen werden die Vorschriften der §§ 43 bis 47 nicht berührt.

§ 38.

Die Zuständigkeit der Amtsgerichte in den auf sie übergehenden Konkurssachen umfaßt alle durch die bisherigen Vorschriften dem Konkursgericht zugewiesenen Geschäfte, soweit nicht in den §§ 43 bis 46 etwas Anderes bestimmt ist.

§ 39.

Im Geltungsbereich der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Köln haben die Amtsgerichte zugleich die nach den bisherigen Vorschriften dem Konkurs- oder Fallimentskommissar zugewiesenen Geschäfte wahrzunehmen.

§ 40.

Wird der Bezirk des bisherigen Konkursgerichts mehreren Amtsgerichten zugetheilt, so ist das Verfahren von dem Amtsgericht zu erledigen, zu dessen Bezirk der Sitz des bisherigen Konkursgerichts gehört.

Für die Erledigung kann ein anderes der mehreren Amtsgerichte bestimmt werden. Die Bestimmung erfolgt durch das Oberlandesgericht, oder, wenn die Amtsgerichte den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte angehören, durch den Justizminister.

Vor der Entscheidung ist der Verwalter (Kurator, Agent, Syndik) und, sofern der Gemeinschuldner ohne Aufschub zu erlangen ist, auch dieser zu hören.

§ 41.

Die Vorschriften der §§ 3, 9, 10, 12 bis 14, 17, 19 bis 23, 44 bis 46 des Gesetzes, betreffend die Uebergangsbestimmungen zur Deutschen Civilprozeßordnung und Deutschen Strafprozeßordnung finden auf das Verfahren entsprechende Anwendung.

§ 42.

Auf Zustellungen und Behändigungen, welche in Gemäßheit der bisherigen Vorschriften nach den für Zustellungen und Behändigungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geltenden Bestimmungen zu bewirken sind, finden die Bestimmungen des § 2 des Gesetzes, betreffend die Uebergangsbestimmungen zur Deutschen Civilprozeßordnung und Deutschen Strafprozeßordnung, entsprechende Anwendung.

Ist in Fällen, in welchen nach den bisherigen Vorschriften die Zustellung durch Aufgabe zur Post genügt, in Gemäßheit dieser Vorschriften Bescheinigung der Aufgabe zur Post erforderlich, so erfolgt die Zustellung nach Maßgabe der Bestimmungen der Deutschen Civilprozeßordnung über die Zustellung durch Aufgabe zur Post. Einer Beglaubigung des zu übergebenden Schriftstücks bedarf es nicht, sofern dieselbe nach den bisherigen Vorschriften nicht erforderlich ist.

§ 43.

Die Vorschriften des § 8 des Gesetzes, betreffend die Uebergangsbestimmungen zur Deutschen Civilprozeßordnung und Deutschen Strafprozeßordnung, soweit sie auf Kollegialgerichte sich beziehen, finden auf Rechtsstreitigkeiten, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bei dem Konkursgericht anhängig geworden sind, entsprechende Anwendung:

1. im Geltungsbereich der Konkursordnung vom 8. Mai 1855, sofern die Rechtsstreitigkeit die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Konkursforderung oder die Vernichtung des Akkordes zum Gegenstand hat;
2. im Bezirk des Appellationsgerichts zu Greifswald, sofern über die Rechtsstreitigkeit im Spezialprozeß abgesondert zu verhandeln und zu entscheiden ist;
3. im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Köln, sofern die Rechtsstreitigkeit zum Gegenstand hat:
   a) die Richtigkeit oder das Vorzugsrecht einer Konkursforderung;
   b) einen Revindikationsanspruch;
   c) die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts des Gemeinschuldners oder eine Rückforderung zur Masse;
   d) den Anspruch eines Dritten gegen die Masse;
   e) die Rechnung eines Konkursverwalters.

§ 44.

Auf die im § 43 bezeichneten Rechtsstreitigkeiten, sofern sie vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes noch nicht anhängig geworden sind, finden die Vorschriften des Deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes und der Deutschen Civilprozeßordnung, sowie des § 134 Abs. 2 und des § 136 der Deutschen Konkursordnung entsprechende Anwendung. Der Rechtsstreit ist durch besonders zu erhebende Klage anhängig zu machen.

§ 45.

Im Bezirk des Appellationsgerichts zu Greifswald tritt für den Erlaß des Rangurtheils die Civilkammer des Landgerichts an Stelle des Kreisgerichts.

§ 46.

In einem bei dem Stadtgericht zu Frankfurt a. M. eröffneten Konkursverfahren tritt die Civilkammer des Landgerichts an Stelle des Stadtgerichts:

1. für die Verhandlung und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über Liquidate, wenn der Liquidationstermin vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgehalten ist, und der Werth des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark übersteigt;
2. für den Erlaß des Rangurtheils.

Der Werth des Streitgegenstandes ist im Fall der Nr. 1, unter entsprechender Anwendung des § 136 der Konkursordnung, festzusetzen.

Wird der Liquidationstermin nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgehalten, so finden auf Rechtsstreitigkeiten über Liquidate die Vorschriften des Deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes und der Deutschen Civilprozeßordnung, sowie des § 134 Abs. 2 und des § 136 der Deutschen Konkursordnung entsprechende Anwendung. Der Rechtsstreit ist durch Erhebung besonderer Klage anhängig zu machen.

§ 47.

Soweit im Bezirk des Appellationsgerichts zu Celle Rechtsstreitigkeiten, welche

1. die Anfechtung des Prioritätsurtheils,
2. die Richtigkeit oder die Priorität der einzelnen angemeldeten Forderungen,
3. Erinnerungen gegen den Vertheilungsplan

zum Gegenstand haben, nach den bisherigen Vorschriften in erster Instanz vor das Obergericht gehören, tritt an Stelle des letzteren die Civilkammer des Landgerichts.

§ 48.

Die Vorschriften der §§ 37, 38, 41, 42 finden entsprechende Anwendung auf die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig gewordenen

Sachen, welche ein die Eröffnung oder Abwendung des Konkurses betreffendes Verfahren zum Gegenstand haben.

Wird der Bezirk des bisher mit der Sache befaßt gewesenen Gerichts mehreren Amtsgerichten zugetheilt, so geht die Sache an dasjenige der mehreren Amtsgerichte über, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, oder, wenn der Schuldner bei keinem dieser Amtsgerichte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, an das Amtsgericht, zu dessen Bezirk der Sitz des bisher mit der Sache befaßt gewesenen Gerichts gehört.

§ 49.

Im Geltungsbereich der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und im Bezirk des Appellationsgerichts zu Celle kann das Konkursgericht in jedem seit mindestens dreißig Jahren vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffneten Konkursverfahren die dem Aufenthalt nach nicht bekannten Gläubiger oder die nicht bekannten Rechtsnachfolger von Gläubigern zum Erscheinen in einem Termin oder zur Meldung innerhalb einer Frist öffentlich auffordern. Die Aufforderung kann auf einzelne Gläubiger oder auf eine einzelne Klasse von Gläubigern beschränkt werden.

Die öffentliche Bekanntmachung der Aufforderung erfolgt nach den Vorschriften des § 68 Abs. 1, 2 der Deutschen Konkursordnung und, unbeschadet dieser Vorschriften, durch einmalige Einrückung in den Reichsanzeiger.

Zwischen dem Tage, an welchem die öffentliche Bekanntmachung als bewirkt gilt, und dem Termin oder dem Ablauf der Frist soll ein Zeitraum von mindestens sechs Wochen liegen.

In der Aufforderung sind die Gläubiger, an welche oder an deren Rechtsnachfolger dieselbe erlassen wird, und, soweit es geschehen kann, die Beträge der einzelnen Forderungen zu bezeichnen.

Als Rechtsnachtheil ist anzudrohen, daß eine Berücksichtigung der Forderungen in dem ferneren Verfahren und bei der Beschlußfassung über die Aufhebung desselben nicht stattfinden werde, so lange der Berechtigte nicht nachträglich sich gemeldet habe.

Ein Ausschlußurtheil ist nicht zu erlassen.

§ 50.

Wenn im Fall des § 49 nach Versäumung des Termins oder der Frist ein Berechtigter vor Aufhebung des Verfahrens sich meldet, so kann er aus der zur Zeit der Meldung vorhandenen Masse, soweit diese reicht und nicht in Folge eines den berücksichtigten Gläubigern gegenüber ausführbar gewordenen Vertheilungsplans zu einer Vertheilung zu verwenden ist, den Betrag verlangen, welcher auf seine Forderung zu vertheilen ge-

wesen sein würde, wenn in der Zwischenzeit eine Berücksichtigung derselben stattgefunden hätte.

Die Zulassung zur Theilnahme an einer Beschlußfassung der Gläubiger kann ein solcher Berechtigter verlangen, sofern zur Zeit der Meldung die Abstimmung noch nicht abgeschlossen ist.

Dritter Abschnitt.
Beschränkungen des Gemeinschuldners.

§ 51.

Die gesetzlichen Bestimmungen, nach welchen die Zahlungsunfähigkeit oder die Zahlungseinstellung eine Beschränkung des Gemeinschuldners in der Ausübung eines auf das Vermögen sich nicht beziehenden Rechts zur Folge hat, werden dahin abgeändert, daß die Beschränkung nur im Fall der Eröffnung des Konkursverfahrens eintritt.

Vgl. Vorb. vor § 188.

§ 52.

Die Beschränkungen, welche nach gesetzlichen Bestimmungen das Konkursverfahren oder das bisherige Fallimentsverfahren für den Gemeinschuldner in der Ausübung eines auf das Vermögen sich nicht beziehenden Rechts zur Folge hat, fallen mit der Beendigung des Verfahrens weg.

Vgl. Vorb. vor § 188.

§ 53.

Die Vorschriften der §§ 51, 52 finden auf die Fälle, in welchen die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung oder die Eröffnung des Konkurs- oder Fallimentsverfahrens vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes stattgefunden hat, mit der Maßgabe Anwendung, daß, wenn das Konkurs- oder Fallimentsverfahren vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes entweder nicht eröffnet oder beendigt ist, die Beschränkungen mit diesem Tage wegfallen.

Vgl. Vorb. vor § 188.

Vierter Abschnitt.
Schlußbestimmungen.

§ 54.

Die Vorschriften der Artikel 551 bis 553 des Rheinischen Handelsgesetzbuchs werden durch die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht berührt.

Vgl. Anm. 8 zu § 25 K.O.

§ 55.

Außer Kraft treten, unbeschadet der Bestimmungen der §§ 15, 54:

1. die Vorschriften der Abschnitte 1 — 5 und 8 — 11 des ersten Titels

sowie die Vorschriften des zweiten und dritten Titels der Konkursordnung vom 8. Mai 1855;

2. die noch geltenden Vorschriften des dritten Buchs des Rheinischen Handelsgesetzbuchs;
3. die im Bezirk des Appellationsgerichts zu Celle noch geltenden Vorschriften des fünfzigsten Titels und des § 12 des einundfünfzigsten Titels des ersten Theils der Allgemeinen Gerichtsordnung.

In Anm. 2 zu § 4 E.G. z. K.O. ist näher angegeben, welche Bestimmungen allein noch von der preuß. Konk.O. v. 8. Mai 1855 und von dem die Bestimmungen über Fallimente enthaltenden 3. Buche des Rhein.-Hand.-Ges. in Kraft bleiben.

§ 56.

Wo in einem Gesetz auf die durch Einführung der Deutschen Konkursordnung oder durch dieses Gesetz aufgehobenen Vorschriften hingewiesen wird, treten die Vorschriften der Deutschen Konkursordnung, des Gesetzes, betreffend die Einführung derselben, und dieses Gesetzes an deren Stelle.

§ 57.

Dieses Gesetz tritt gleichzeitig mit dem Deutschen Gerichtsverfassungsgesetz in Kraft.

In anhängigen Sachen können schon vor diesem Zeitpunkt Ladungen vor diejenigen Landesgerichte erfolgen, welche an die Stelle der aufgehobenen Gerichte treten.

Die nach § 40 Abs. 2, 3 zulässige Bestimmung kann vor dem Inkrafttreten des Gesetzes getroffen werden. Die Bestimmung erfolgt durch das Appellationsgericht oder den Justizminister.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Königlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 6. März 1879.

(L. S.) **Wilhelm.**

Gr. zu Stolberg. Leonhardt. Falk. v. Kameke.
Friedenthal. v. Bülow. Hofmann.
Gr. zu Eulenburg. Maybach. Hobrecht.

Anlage zu § 11.

Auszug

aus dem

Gesetz, betreffend die Einführung der Konkursordnung in den Landestheilen, in welchen das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung Gesetzeskraft haben.

Vom 8. Mai 1855.

Artikel VIII. Die Bestimmungen in den §§ 261 bis 265 Tit. 1 Th. II. des Allgemeinen Landrechts, über die Rechte der Ehefrau an dem aus dem Konkurse ihres Mannes geretteten eingebrachtn Vermögen bleiben in Kraft, wogegen die §§ 266 bis 268 a. a. O. aufgehoben werden.

Artikel IX. Die in den §§ 500 bis 506 Tit. 16 Th. I. des Allgemeinen Landrechts enthaltenen Bestimmungen über das Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger in dem Konkurse über das Vermögen des Erben finden auch auf Legatare Anwendung.

Artikel XI. Außer den in dem Allgemeinen Landrecht und in anderen Gültigkeit behaltenden Gesetzen, aufgeführten gesetzlichen Titeln zum Pfandrecht, bleiben nur noch folgende ferner in Kraft:

1. für den Fiskus und die mit fiskalischen Rechten versehenen Anstalten in dem Vermögen ihrer Schuldner wegen aller Ansprüche an dieselben, mit Ausnahme der Geldstrafen;
2. für die Gemeinde-, Kreis- und Provinzialverbände, die landschaftlichen Kreditverbände, die Domkapitel, Kollegiatstifter, Klöster, Kirchen, Schulen und milden Stiftungen, in dem Vermögen ihrer verwaltenden Beamten wegen der Ansprüche aus der Verwaltung, ingleichen in dem Vermögen ihrer Mitkontrahenten wegen der Ansprüche aus den mit denselben geschlossenen Kontrakten;
3. für die Dienstherrschaften in dem Vermögen ihrer Hausoffizianten und Dienstboten wegen der denselben zum Behuf ihrer Dienstverrichtungen anvertrauten Gelder und Effekten;
4. für die Konkursmassen in dem Vermögen der dieselben verwaltenden Personen wegen der Ansprüche aus der Verwaltung.

III.

Gesetz, betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger im Geltungsbereiche des Allgemeinen Landrechts vom 28. März 1879.

(G.S. S. 293—266.)

Vgl. Anm. 3 zu § 43 und Anm. 2 zu § 203.

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden König von Preußen rc.

verordnen, unter Zustimmung der beiden Häuser des Landtages, was folgt:

§ 1.

Im Geltungsbereiche des Allgemeinen Landrechts sind der Benefizialerbe und der Nachlaßgläubiger berechtigt, nach Maßgabe der nachstehenden Bestimmungen das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer zu beantragen.

Sie können, wenn der Antrag zugelassen ist, für die Dauer des Verfahrens die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wegen der durch das Aufgebotsverfahren betroffenen Ansprüche, sowie die Aufhebung der nach dem Aufgebotsantrage erfolgten Vollstreckungsmaßregeln verlangen.

Die Vollziehung eines Arrestbefehls steht im Sinne dieser Vorschrift der Zwangsvollstreckung gleich.

§ 2.

Von mehreren Erben ist jeder, sofern er Benefizialerbe ist, berechtigt, das Aufgebot zu beantragen oder einem bereits gestellten Antrage sich anzuschließen. Das Verfahren wirkt zu Gunsten aller Benefizialerben.

§ 3.

Das Aufgebot erfolgt nach den Vorschriften der Deutschen Civilprozeßordnung §§ 824 bis 836.

Das Amtsgericht, bei welchem der Erblasser zur Zeit des Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat, ist ausschließlich zuständig.

§ 4.

Der Aufgebotsantrag kann von dem Benefizialerben nur innerhalb eines Jahres, von der erlangten Wissenschaft von dem Anfall der Erbschaft an gerechnet, gestellt werden.

Nur innerhalb der gleichen Frist kann der Anschluß an einen bereits gestellten Antrag erfolgen.

§ 5.

Mit dem Aufgebotsantrag ist nachzuweisen, daß behufs Erhaltung der Rechtswohlthat das Nachlaßverzeichniß niedergelegt oder die gerichtliche Aufnahme desselben beantragt ist.

§ 6.

Dem Aufgebotsantrag ist ein Verzeichniß der bekannten Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer unter Angabe des Wohnorts derselben beizufügen.

§ 7.

Die Aufgebotsfrist (Deutsche Civilprozeßordnung § 827) soll nicht mehr als sechs Monate betragen.

§ 8.

Das Aufgebot ist den von dem Antragsteller angezeigten Gläubigern und Vermächtnißnehmern von Amtswegen zuzustellen. Die Zustellung kann durch Aufgabe zur Post bewirkt werden.

Die Wirksamkeit des Aufgebots ist von dieser Zustellung nicht abhängig. Eine öffentliche Zustellung findet nicht statt.

§ 9.

Die Einsicht des behufs Erhaltung der Rechtswohlthat niedergelegten Nachlaßverzeichnisses ist nach Erlaß des Aufgebots Jedermann gestattet.

§ 10.

Gegen die Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer, welche ihre Ansprüche nicht anmelden, tritt der Rechtsnachtheil ein, daß sie gegen den Benefizialerben ihre Ansprüche nur noch insoweit geltend machen können, als der Nachlaß mit Ausschluß aller seit dem Tode des Erblassers aufgekommenen Nutzungen durch Befriedigung der angemeldeten Ansprüche nicht erschöpft wird.

§ 11.

Pfandgläubiger, sowie Gläubiger, welche im Konkurse den Faustpfandgläubigern gleich stehen, werden, soweit sie ihre Befriedigung aus dem Pfande suchen, durch das Aufgebotsverfahren nicht betroffen.

Diejenigen, welche ein Pfandrecht im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes nach dem Tode des Erblassers erlangt haben, sind jedoch nicht berechtigt, dem nach § 1 Abs. 2 gestellten Antrage auf Einstellung der Zwangsvollstreckung und auf Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln zu widersprechen.

§ 12.

In der Anmeldung eines Anspruchs muß der Gegenstand und der Grund desselben angegeben werden. Die urkundlichen Beweisstücke oder eine Abschrift derselben sollen beigefügt werden.

Die Anmeldungen sind in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.

§ 13.

Ist der Antragsteller in dem Aufgebotstermine nicht erschienen und der Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins (Deutsche Civilprozeßordnung § 831) binnen einer von dem Tage des Aufgebotstermins laufenden Frist von zwei Wochen nicht gestellt, oder der Antragsteller auch in dem anberaumten neuen Termine nicht erschienen, so kann der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nicht mehr widersprochen werden.

Nach Ablauf der erwähnten Frist von zwei Wochen ist der Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins unbeschadet der Vorschrift des § 831 der Deutschen Civilprozeßordnung nur innerhalb der im § 4 für den Aufgebotsantrag bestimmten Frist zulässig.

§ 14.

Die Beendigung des Verfahrens, sowie der Eintritt der in § 13 Abs. 1 bezeichneten Umstände ist durch Anheftung an die Gerichtstafel und durch Einrückung in die zur Bekanntmachung des Aufgebots gewählten Blätter bekannt zu machen.

Die den Anmeldungen beigefügten urkundlichen Beweisstücke sind nach der Beendigung zurückzugeben.

§ 15.

Wird ein Ausschlußurtheil erlassen, oder der Antrag auf Erlassung desselben zurückgewiesen, so ist das Verfahren vor Ablauf einer von Verkündigung der Entscheidung laufenden Frist von zwei Wochen und vor Erledigung der rechtzeitig eingelegten Beschwerde (Deutsche Civilprozeßordnung § 829) nicht als beendigt anzusehen.

§ 16.

Die Kosten des Verfahrens gehören zu den Ausgaben für die Verwaltung des Nachlasses.

§ 17.

Wird über den Nachlaß der Konkurs eröffnet, so ist der Benefizialerbe nur noch zur Herausgabe des Nachlasses und zur Rechnungslegung über dessen Verwaltung an den Konkursverwalter verpflichtet.

§ 18.

Der vierte Titel der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und der zweite Abschnitt des Tit. 51 Thl. I. der Allgemeinen Gerichtsordnung werden aufgehoben.

Ein vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes beantragtes erbschaftliches Liquidationsverfahren (Konkursordnung vom 8. Mai 1855 Tit. 4; Allge-

meine Gerichtsordnung Thl. I. Tit. 51 Abschnitt 2) ist nach den bisherigen Vorschriften zu erledigen. Hierbei finden rücksichtlich der Zuständigkeit der Gerichte und der Zustellungen die Vorschriften des Gesetzes, betreffend die Uebergangsbestimmungen zur Deutschen Civilprozeßordnung und Deutschen Strafprozeßordnung, entsprechende Anwendung.

§ 19.

Dieses Gesetz tritt gleichzeitig mit dem Deutschen Gerichtsverfassungsgesetze in Kraft.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Königlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 28. März 1879.

(L. S.) **Wilhelm.**

Gr. zu Stolberg. Leonhardt. Falk. v. Kameke.
Friedenthal, v. Bülow. Hofmann.
Gr. zu Eulenburg. Maybach. Hobrecht.

Sachregister.

Die Zahlen verweisen auf die Seiten.

A.

B.

H.

J.

K.

Q.

R.

T.

U.

V.

W.

Z.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei in Berlin.